

الإهداء

الحمد و الشكر لله رب العرش العظيم، جاد علينا بنور العلم، فأنعم عليا فأفضل ، بتوفيقي في إنجاز هذه المذكرة المتواضعة، و أركى الصلاة و السلام على صفيه و خليله محمد خاتم الأنبياء و الرسل، أكرم السابقين و اللاحقين أهدى ثمرة جهدي إلى روح جدتي الغالية رحمها الله و غفر لها. إلى أعز ما لدي :

أبي الحنون الذي مهما قلت فلن أفيه حقه، فهو الذي لم يذخر جهدا لتحفيزي و توجيهي.

وأمي العزيزة التي لم تتوان عن نصحي و إرشادي، فشكرا لكما، و أطال الله في عمريكما.

إلى زوجي الكريم " سفيان " له جزيل الشكر و التقدير، لما قدمه لي من مساندة و على ما أبداه من

تفهم، و إلى عائلته الكريمة كبيرا و صغيرا، خاصة إلى الأخ "فريد" شكرا على المساعدة.

شكر و تقدير

أتقدم بأسمى عبارات الشكر و التقدير إلى أستاذي الكريم " زعموش محمد" لما قدمه لي من توجيه و إرشاد، ونصح من خلال إشرافه على تنظيم مجهوداتي و معلوماتي، أهدي إليه ثمرة جهدي و ألف شكر.

إلى أساتذتي الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة الذين أشرفوا على تلقينا المادة العلمية في دراسة ما بعد التدرج، و أخص بالشكر و التقدير:
أستاذتي الفاضلة و الكريمة : الدكتورة : يونسى نادية.
أستاذي الفاضل و الكريم: الدكتور : طاشور عبد الحفيظ.
شكرا لكم لأنكم جدتم علينا بصبركم ووقتكم لقراءة هذه المذكرة.
أهدي إليكم نتاج تعبى و جهدي و لكم منى كل الاحترام و التقدير و جزيل العرفان.

مقدمة

يعتبر حق الملكية من الحقوق الأساسية التي عنيت بها جل التشريعات منذ القدم، من حيث تنظيمه و ضبط نطاقه، و كيفية استعماله و حمايته لذا عرفتة المادة 674 من القانون المدني على أنه: " الملكية هي حق التمتع و التصرف في الأشياء، شرط أن لا تستعمل استعمالا تحرمه القوانين و الأنظمة "، و يقابل هذا النص في القانون الفرنسي المادة 544 من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804، التي تعرف حق الملكية بقولها " الملكية هي الحق للمالك في الانتفاع بما يملكه و التصرف فيه بطريقة مطلقة" إلا أن النزعة الفردية الواردة في القانون الفرنسي أخذت تنقلص تدريجيا و لم يعد لحق الملكية طابع الاطلاق الذي كان يضفي عليه في الماضي، فهو يمثل الآن وظيفة اجتماعية بقدر ما يعتبر ميزة للمالك.

و بما أن مصطلح الحماية هو أهم ما يميز عنوان المذكرة إضافة إلى مصطلحي المدنية و الجنائية، و الملكية العقارية الخاصة التي في مجملها ترسم إطارا دقيقا للموضوع يستدعي بمفهوم المخالفة استبعاد حالات تعدي تخرج عن دائرة البحث.

فالمقصود بالحماية، التدابير التي أقرها المشرع لدفع الاعتداء و فرض النظام العام، و هذه الحماية تتجلى في عدة صور قد تكون مدنية، إدارية، جزائية و قضائية و لما كان موضوع البحث يقتصر فقط على الحماية المدنية و الحماية الجنائية فستقتصر الدراسة عليهما، تاركين المجال لدراسات أخرى للتعرض للحماية الادارية و القضائية. فنكون بصدد الحماية المدنية بموجب نصوص مدنية إذا تعلق الأمر بدعوى موضوعها حيازة أو ملكية دون المساس بحق المجتمع، و لما كانت الملكية هي أساس المطالبة القضائية فإننا سوف نتعرض لدعاوى الملكية الثلاثة، و هي دعوى الاستحقاق، دعوى منع التعرض في الملكية، و دعوى وقف الأعمال الجديدة في الملكية، و لأن هذه الدعاوى تحمي حق الملكية، و ما يتفرع عنه من حقوق عينية و هذا اما يجعلنا نستبعد دراسة دعاوى الحيازة إلا من حيث تكون الحيازة سببا من أسباب اكتساب الملكية العقارية الخاصة.

أما إذا كان موضوع الاعتداء تصرفا يهدد أساسا النظام العام و الأمن العمومي، فإن الحماية تأخذ الطابع الجزائي، و تشمل حينئذ المحافظة على حقوق المجتمع و الأفراد في أن واحد بواسطة دعوى عمومية مقترنة بدعوى مدنية تبعية.

و نظرا لعلاقة التأثير و التأثير التي تحكم كلا من النظام السياسي و الاقتصادي، يعد العقار بصفة عامة،و الملكية العقارية بصفة خاصة أهم الثروات التي يركز عليها النظام الاقتصادي ، لمساهمة هذه الأخيرة في تحقيق التطور و الازدهار للمجتمع، و قد عرفت المادة 27 من قانون رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري الملكية العقارية على أنها: " الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع و التصرف في المال العقاري و الحقوق العينية العقارية من استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها"،و بالتالي فهي لا تعدو أن تكون سلطة مباشرة لصاحب العقار الذي يستطيع أن يستعمله و يستغله،و يتصرف فيه بموجبها.

فالأموال العقارية الخاصة، هي تلك الأموال التي تؤدي وظيفة إمتلاكية و مالية بغض النظر عن صاحبها، فهي الأملاك غير المحمية بعدم القابلية للتصرف و الكسب بالتقادم و الحجز، و هذا ما لا ينطبق على الأملاك الوطنية سواء كانت عامة أو خاصة الواردة في القانون رقم 30/90 المؤرخ في 01/12/1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، و كذلك الأملاك الوقفية المنصوص عليها وفقا للقانون رقم 10/91 المؤرخ في 1991 المتعلق بالأوقاف، و هذا ما يجعلنا نستبعدا من مجال الدراسة نظرا لانعدام الإشكال حول صفة صاحب الحق و إمكانية التدخل الفوري عن طريق القوة من أجل استرداد الحياة المنتزعة دون الحاجة لانتظار الفصل في الدعوى العمومية،بالنسبة للأملاك الوطنية.

و لعل من أبرز الأسباب التي دفعتني إلى اختيارموضوع المذكرة،هو الأهمية التي تكتسيها الملكية العقارية في الواقع العملي، و كثرة الإشكالات و النزاعات العقارية، و تعقيدها، بسبب التكوين غير المتخصص للقضاة حيث نجد تنازع الاختصاص القضائي في كثير من الأحيان بين القاضي العادي و القاضي الإداري، و حتى بين جهات القضاء العادي بأقسامه المختلفة من قاضي مدني، جزائي ...الخ و كذلك غياب الدراسات في الموضوع، إضافة إلى تذبذب الوجهة السياسية للبلاد، و مالها من تأثير على التوجه الاقتصادي، و تبني المشرع الجزائري لنظام الشهر العيني بموجب الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي

العام و تأسيس السجل العقاري الذي يعد المسح دعامته الأساسية التي يرتكز عليها لأن العقار يعد ثروة دائمة لا تزول عكس المنقول ، بالنظر إلى الدور الجبائي الذي يلعبه في النهوض بالاقتصاد، من خلال تحصيل الدولة لأموال الضريبة التي تعود إلى الخزينة العامة. و من المعلوم أنه لا يكون للحق مهما كانت طبيعته وجود قانوني ،إن لم تكن هناك وسيلة قانونية تحميه، فالحق المجرد من دعوى قضائية، يكون له وجود مادي دون الوجود القانوني، فالدعوى القضائية هي التي توفر لصاحب الحق وسيلة الدفاع عنه في حالة الاعتداء، حيث تناول المبدأ العام المتعلق بحماية الملكية العقارية الخاصة دستور 1996 و تناوله بإسهاب قانون التوجيه العقاري.

و من أجل بسط الحماية المدنية و الجنائية على الملكية العقارية الخاصة ، حرص المشرع الجزائري على وضع ترسانة تشريعية تتضمن قوانين مختلفة سواء قوانين ذات قواعد موضوعية ،أو قواعد شكلية،سواء قانون مدني ،عقوبات، إجراءات مدنية، إجراءات جزائية، إضافة إلى بعض القوانين الخاصة هذا من جهة، و من جهة أخرى تمكين الطرف المتضرر من اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحماية حقه ووضع حد للاعتداء ، لذلك سوف نبرز الحماية المدنية و الجنائية لحق الملكية العقارية في صورتين صور تشريعية و صور قضائية .

فمن الناحية المدنية، وضع المشرع عدة طرق لحماية الملكية العقارية الخاصة و جعلها موقوفة على تقديم المدعي في الدعوى سندات الإثبات في المناطق التي لم تشملها عمليات المسح، و المناطق التي تمت فيها عمليات المسح، بعد أن نتناول نظاما الشهر اللذان بطبيعة الحال ينعكسان على سندات الإثبات و بيان أنواع الملكية التي تشملها الحماية، و دعاوى الملكية التي تستدعي الاستظهار بسند رسمي مشهر يثبت الملكية.

أما من الناحية الجنائية، فنجد أن المشرع قد خصص مادة وحيدة في قانون العقوبات تجرم الاعتداء على الملكية العقارية و هي المادة 386 من قانون العقوبات و هذا لا يكفي ، رغم وجود بعض النصوص القانونية في قانون العقوبات تعالج حالات يقع فيها الاعتداء على الملكية العقارية كانتهاك حرمة منزل و التعدي على ملك الغير و بعض الجرائم الأخرى الماسة بالعقار طبقا لقانون العقوبات و قوانين خاصة أخرى وتختلف هذه الجرائم عن جريمة الاعتداء على الملكية العقارية في أنها لا تحتوي على نية سلب الملكية، و إنما هي الاعتداء دون نية الظهور بمظهر المالك أو سلب الملكية، و بالتالي لقيام هذه

الجريمة لابد من توافر الأركان العامة للجريمة بوجه عام و هي الركن الشرعي، المادي و المعنوي إضافة إلى شروط خاصة .

و بيان موقف المحكمة العليا من الجريمة ، و سير الدعوى العمومية المتعلقة بالملكية العقارية الخاصة أمام القضاء الجزائي .

و عليه فبالنظر إلى ازدواج نظام الشهر في القانون الجزائري و انعكاساته على وسائل إثبات الملكية العقارية و كيفية انتقال هذه الأخيرة و الدعاوى التي تحميها من الناحية المدنية إضافة إلى المشاكل التي تثار في الحياة العملية حول مسألة التعدي أو اعتداء الغير على الملكية العقارية الخاصة فما هي وسائل و أدوات حماية الملكية العقارية الخاصة بنوعيتها المدنية و الجنائية؟

و إذا كانت كلا من الحماية المدنية و الجزائية لا تعدو أن تكون إلا حماية تشريعية(قانونية)، و شكلا من أشكال الحماية القضائية فكيف يتمكن القضاء من بسط حمايته باعتباره الضمانة الرئيسية للأفراد في حالة الاعتداء على ملكيتهم ؟ و ما هي الإجراءات المتبعة لدرء خطر الاعتداء؟

هذه الإشكالية، سنحاول الإجابة عنها من خلال إتباع منهج وصفي تحليلي .
و لأجل ذلك ارتأينا إلى إتباع خطة ثنائية من فصلين، الأول نعالج من خلاله الحماية المدنية لحق الملكية العقارية الخاصة، و نعرض في الثاني إلى الحماية الجنائية لحق الملكية العقارية الخاصة.

و يحتوي الفصل الأول على مبحثين مرتبط كل منهما بالآخر حيث نتعرض إلى منازعات إثبات و نقل الملكية العقارية الخاصة في المبحث الأول و في المبحث الثاني نعرض إلى منازعات حماية الملكية العقارية الخاصة.

أما الفصل الثاني فيحتوي هو كذلك على مبحثين، يشمل الأول منه جريمة التعدي على الملكية العقارية الخاصة ، و يتعرض الثاني إلى منازعات الملكية العقارية الخاصة أمام القضاء الجزائي و صور الاعتداء على العقارات ، ثم تنهي البحث بخاتمة تتضمن حصيلة الدراسة مع بعض الانتقادات و الاقتراحات التي أعتقد أنها تساهم في دعم الائتمان و استقرار الملكية العقارية، و بعث الطمأنينة في نفسية كل فرد يحرص على بقاء ملكيته.

تمهيد

تعدّ قضية العقار بصفة عامة ، و الملكية العقارية بصفة خاصة مسألة حيوية تساهم إلى حد كبير في تحقيق التنمية الاجتماعية و الاقتصادية التي تطمح كل دولة للوصول إليها ، هذا ما جعل المنازعات المثارة حولها كثيرة و متنوعة نتيجة عدم دقة النصوص التي تحكمها أحيانا و تناقض هذه الأخيرة أحيانا أخرى .

و نحن بصدد دراسة الحماية المدنية لحق الملكية العقارية الخاصة لابدّ من التنويه إلى أن هذه الحماية تتجلى في صورتين ، صورة قانونية تظهر في مجموع القوانين : الأوامر و المراسيم ، و صورة قضائية تتجلى في دعاوى الملكية الثلاث .

و يعتبر الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري نقطة التحول الهامة في مجال الملكية العقارية من خلال إستحداث نظام الشهر العيني الذي يركز على مشروع إعداد مسح الأراضي كدعامة أساسية لها تأثيرها على سندات إثبات الملكية العقارية ، فأحيانا يطبق نظام الشهر الشخصي ، و أحيانا أخرى نظام الشهر العيني و هذا ما ينتج عنه منازعات تتعلق بإثبات و نقل الملكية العقارية الخاصة ، و نظرا لكون الحماية المدنية للملكية العقارية الخاصة ، تستلزم من الناحية القانونية وجوب الاستظهار بالسند الرسمي المشهر ، حتى يثبت المدعي صفته في الدعوى كمالك للعقار محل المطالبة القضائية ، بعد معرفته بطبيعة الحال إلى أي مدى تمتد حماية الملكية أو ما يقصد به نطاق الحماية ، فهل الحماية التي قررها المشرع للملكية العقارية الخاصة من الناحية المدنية كافية و ما المقصود بمنازعات إثبات و نقل الملكية العقارية الخاصة ؟ و كذلك و سائل حماية الملكية العقارية الخاصة ؟

- و تبعا لذلك سوف نقسم الفصل الأول إلى بحثين ندرس في :

المبحث الأول : منازعات إثبات و نقل الملكية العقارية الخاصة

المبحث الثاني : منازعات حماية الملكية العقارية الخاصة

المبحث الأول :

منازعات إثبات و نقل الملكية العقارية الخاصة

لقد شكلت مسألة إثبات الملكية العقارية و نقلها صعوبة كبيرة بسبب مختلف المراحل التاريخية التي مرت بها هذه الأخيرة من جهة ، إضافة إلى النصوص التي تحكمها من جهة أخرى ، لتتضارب هذه الأخيرة فيما بينها .

و لقد كان لنظام الشهر العقاري الأهمية في استقرار المعاملات العقارية ، و تطهير الملكية العقارية ، و لكون هذا النظام يعرف ازدواجية جعلت الأفراد يسعون جاهدين بهدف حماية حقوقهم إلى تسجيل تصرفاتهم الواردة على العقارات . ومن هذا المنطلق ، فماذا نقصد بالشهر العقاري بنظاميه العيني و الشخصي؟ وما هي انعكاسات النظام المتبنى من طرف المشرع الجزائري على سندات إثبات الملكية العقارية ؟ و ما هي مراحل نقل الملكية العقارية ؟ كل هذه التساؤلات سيتم الإجابة عنها في ثلاثة مطالب على التوالي :

المطلب الأول : نظاما الشهر العقاري

المطلب الثاني : انعكاسات نظامي الشهر العقاري على سندات إثبات الملكية العقارية

الخاصة

المطلب الثالث : نقل الملكية العقارية الخاصة .

المطلب الأول :

نظاما الشهر العقاري

يقصد بالشهر العقاري في نظاميه ، إعلان الغير أن عقارا ما ملك لشخص معين ، فهو بذلك طريق للعلانية اتجاه كافة عن كل ما يخص التصرفات القانونية المتعلقة بالحقوق العينية أصلية كانت أم تبعية ، فالغاية منه هو إحاطة كافة و خاصة من له مصلحة في الاطلاع على الوضع القانوني للعقار ، و الحقوق التي ترد عليه .

لذلك فالشهر إجراء دقيق ومنظم غايته تحقيق الاستقرار في المعاملات العقارية ، فنشهر الحقوق العقارية الأصلية كحق الملكية و ما يتفرّع عنها من حقوق (حق ارتفاق ، حق انتفاع ،....) بالتسجيل . وهو المصطلح الأكثر تداولاً في التشريعات العربية كلبنان ، مصر ، و سنميز في ذلك الشهر عن التسجيل الذي نقصد به إجراء تحصيل الضريبة .

أما الحقوق العينية التبعية فلا تخضع لإجراء الشهر و إنما لإجراء القيد .

و لشهر التصرفات العقارية يوجد نظامان أساسيان في العالم هما : نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني ، فما المقصود بكل منهما ؟ و ما هو النظام المتبنى من طرف المشرع الجزائري ؟

و سندرس ذلك في ثلاثة فروع :

الفرع الأول : نظام الشهر الشخصي

الفرع الثاني : نظام الشهر العيني

الفرع الثالث : موقف المشرع من النظامين

الفرع الأول : نظام الشهر الشخصي

سوف نتعرض في هذا الفرع إلى مفهوم النظام ، مميزاته ، تقديره على ضوء القانون أو التشريع العقاري الجزائري .

أولاً : ماهية نظام الشهر الشخصي

وهو أول نظام في الظهور أخذت به فرنسا إلى غاية صدور مرسوم 4جانفي 1955 أين لم يأخذ فيه المشرع الفرنسي في شهر التصرفات العقارية إلا بنظام الشهر الشخصي⁽¹⁾ حيث كانت العقود التي تودع بمحافضة الرهون تنقل مباشرة في السجل ، ليتم شهرها على أساس أسماء الأشخاص المتعاملين .

ولقد حاولت فرنسا تطبيقه على الأراضي الجزائرية التي طبق عليها القانون الفرنسي خلال الفترة الاستعمارية حيث طبق هذا النظام على أساس أن عملية المسح لم تتم بعد ، لذا أصدر المشرع الفرنسي جملة من القوانين و التنظيمات تحكم عملية الحفظ العقاري ، فأصدر مرسوم 59-1486 المؤرخ في 1959/12/28 غايته تنظيم عملية الشهر في مناطق التطوير العقاري أين التزم محافظوا الرهون بضرورة مسك و إعداد فهرس عقاري ، تقيد فيه كل تصرف يغير من العقارات المتصرف فيها .

و بعد الاستقلال ، و بصدر الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري عززت حماية الملكية العقارية ، حيث اشترطت المادة 793 ق. المدني ضرورة مراعاة قواعد الشهر لانتقال الملكية في العقارات .

إن عملية الشهر وفق نظام الشهر الشخصي تتم على أساس أسماء طرفي المتصرف الذي أنشأ الحق أو نقله⁽²⁾ . دون الأخذ بعين الاعتبار العقار محل التصرف ، فالشخص إذن محل اعتبار .

(1) راجع في ذلك : Gabriel Marty, pierre Reynaud , Philippe Jestaz."les sûretés de la publicité foncière" 2eme édition , sirey1987,page 468

(2) راجع في ذلك : خالد رمول ، المحافضة العقارية كآلية للحفظ العقاري ، قصر الكتاب ط 2001 ص16

و يتم ذلك حسب سجل يمسك و يرتب حسب الترتيب الأبجدي ، و سجل آخر يمسك على أساس الترتيب الزمني ⁽¹⁾ ، لكي تقدّم التصرفات ⁽²⁾ المراد شهرها للمحافظ العقاري قصد شهرها حتى يتمكن الغير من الاطلاع عليها متى استدعت الضرورة ذلك .

و يتبع هذا النظام كل من القانون المدني المصري و القانون المدني الفرنسي بالرغم من أن المشرع المصري قد أصدر القانون الخاص بنظام السجل العيني رقم 142 لسنة 1964 لذلك فإذا أراد أي شخص التأكد من خلو العقار الذي يريد شراءه ، أن يطلب من المكلف بالسجل أن يقدم له تقريراً وافياً عن كل التصرفات التي قام بها صاحب العقار ، و اتصلت بالعقار الذي يملكه ، فإذا كان اسم هذا الأخير موجوداً في السجل ، فهذا دليل على أنه المالك و إذا لم يجده ، فهذا دليل على عدم صدور تصرفات منه ⁽³⁾ .

و على هذا النحو يستطيع المشتري و على ضوء الشهادة المقدمة له من المكلف بالسجل أن يقدّر المركز المالي ، الذي يتمتع به صاحب العقار ، و كذلك المركز القانوني للعقار الذي يريد شراءه .

ثانياً : خصائص نظام الشهر الشخصي

ينفرد كل نظام بجملة من الخصائص تميزه عن غيره من الأنظمة ، و تجعله قائماً بذاته ، و فيما يلي خصائص نظام الشهر الشخصي :

1- أساس الشهر في هذا النظام أسماء الأشخاص المالكين للعقارات ⁽⁴⁾ ، و الذين تصدر عنهم التصرفات ، بغض النظر عن العقار محل التصرف طبقاً لما نصت عليه المادة 792 من ق. المدني .

(1) راجع في ذلك : ليلى زروقي و حمدي باشا عمر : المنازعات العقارية ، دار هومة ، ط2001. ص44
(2) نقصد بالتصرفات هنا التصرفات القانونية التي يبرمها الأفراد بهدف نقل ملكية عقار ما سواء كانت هذه التصرفات عقوداً ملزمة بجانبين كعقد البيع مثلاً ، أو ملزمة لجانب واحد الهبة و الوصية .
(3) راجع في ذلك : خليل أحمد ، حسن قدامة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء (4) عقد البيع د.م .

ج ط 2001 ص 115

(4) راجع في ذلك : Gabriel Marty, pierre Reynaud , Philippe "les sûretés de la publicité op-cit. page 468

2- لهذا النظام وظيفة الإعلان ، فحق الملكية و الحقوق العينية الأخرى سواء كانت أصلية أم تبعية تنتقل بمجرد التراضي بين الطرفين .

3- التصرفات القانونية في هذا النظام تشهر كما هي ، دون أن يطهر الشهر العيوب التي قد تشوب الحق موضوع التصرف ، وسواء كانت مثقلة بأعباء أم لا ، فقد يكون التصرف مثلاً قابلاً للإبطال أو الفسخ .

و منه فإن وظيفة العلنية لنظام الشهر الشخصي جعلته نظاماً يفقد أية قوة ثبوت ، فالتصرف يشهر كما هو دون الاهتمام بصحة العقد الذي يرمي إلى إنشائه أو نقله (1) .

ثالثاً : تقييم نظام الشهر الشخصي

رغم سهولة إجراءات نظام الشهر الشخصي ، إلا أن ذلك يمنع من وجود بعض المساوئ التي طغت على بعض مزاياه ، لتجعل منه نظاماً لا يحقق الغرض الذي وضع لأجله ، و فيما يلي مزايا و عيوب هذا الأخير :

1- / مزاياه :

* يتم التحقق في هذا النظام من شخص المالك الحقيقي للعقار المراد التعامل فيه و إسم أصوله (الأب ، الجد ،) ، مع الوقوف على أسماء المالكين السابقين الذين تداولوا هذا العقار خلال المدة المطلوبة .

* يكون للمتعامل فرصة الاطلاع على سندات ملكية من يريد التعامل معه ، و فحصها ، و التحقق من مدى سلامتها و كفايتها ، لذلك فلا بد أن يستند إلى عقد صحيح لا تشوبه شائبة (2)

* لا يتطلب هذا النظام عملية مسح الأراضي مقارنة بنظام الشهر العيني الذي يجعلها الدعامة الأساسية لقيامه ، لذلك يتميز هذا النظام بسهولة إجراءاته و انخفاض تكلفته (3) .

(1) راجع في ذلك : محمد حسنين - عقد البيع في القانون المدني الجزائري د. م . ج . ط 2 سنة 2000 ص 115 .

(2) راجع في ذلك : عبد الحميد الشواربي ، إجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء و الفقه منشأة المعارف ، الاسكندرية ط 1999 ، ص 4

(3) راجع في ذلك خالد رمول - المرجع السابق ، ص 18 .

2- / عيوبه :

* لا يفرق هذا النظام بين الحق و مصدره ، فبطلان التصرف يستتبع بطلان الحق الذي تولد عنه بحكم التبعية ⁽¹⁾ ، فالتصرفات المشهورة في ظل هذا النظام ليس لها قوة ثبوت ، فيكفي الحكم ببطلان العقد بطلانا مطلقا أو نسبيا حتى يزول هذا الملك ⁽²⁾ .

* قيام عملية الشهر على إسم المتصرف ، يجعل البحث في السجلات الهجائية صعبا في بعض الأحيان ، لاسيما إذا أخذنا بعين الاعتبار ظاهرة تشابه الأسماء ، فالتحقق من اسم أبيه وجدّه مهمة شاقة ، و فيها مضیعة للوقت ، و أحيانا لا تؤدي إلى أي نتيجة .

* ليس له أثر مطهر للعقد ، فهو لا يبطل عقدا صحيحا و لا يصحح عقدا باطلا ، مما يؤدي إلى قابلية الطعن فيه .

و نظرا لهذه العيوب ، فقد وصف الدكتور عبد الرزاق السنهوري نظام الشهر الشخصي بأنه نظام متأخر ، لأن نظام الشهر السديد لا بد أن يكون محكما في ترتيبه ، و لذلك ينبغي أن يسهل لذوي الشأن جميع ما يهمهم معرفته من تصرفات واردة على العقار المتعاقد عليه ، هذا من جهة . و من جهة أخرى يجب أن يكون محكما في حجيته لذا يجب أن يكون لشهر التصرف حجية قاطعة ، حيث لا يشهر التصرف إلا بعد التأكد والتحري عن مدى صحته ⁽³⁾ و نتيجة لهذه النقائص سعت بعض الدول إلى البحث عن نظام بديل يؤمن حفظ و شهر

الحقوق بطريقة محكمة بما استقرار الملكية العقارية من خلال تنظيم تشريعاتها الداخلية .
لذا ظهرت بؤادر نظام جديد بدأ تطبيقه تدريجيا في بعض الدول إلى جانب هذا النظام ألا و هو نظام الشهر العيني في إنتظار تعميم عملية مسح الأراضي ، وهذا ما سننولى دراسته في الفرع الثاني .

(1) و هذا نظرا للدور السلبي الذي يلعبه الموظف المكلف بالشهر ، إذ ليس له صلاحية تفحص العيوب العالقة سواء بالتصرف أو الإجراء ، ليقع عبء ذلك على من له مصلحة في الاعتراض و طلب إبطاله .

(2) راجع في ذلك : حسن طوابيية ، نظام الشهر العقاري الجزائري رسالة ماجستير جامعة الجزائر 2001 - 2002 ، ص71 .

(3) راجع في ذلك : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في البيع و المقايضة ، الجزء (4) ، دار إحياء التراث العربي ، مصر طبعة 1986 ، ص 476 .

الفرع الثاني: الشهر العيني

أولاً : ماهية نظام الشهر العيني

لقد ظهر هذا النظام لأول مرة في إستراليا ، وعرف بإسم مبتكره " سيرروبا رطورانس " و أطلقت عليه الدول التي أخذت به إسم نظام طورانس⁽¹⁾ ويرتكز هذا النظام في شهر التصرفات العقارية على العين⁽²⁾ أي على العقار محل التصرف ، عكس نظام الشهر الشخصي الذي يهتم بشخص المتصرف أكثر من محل التصرف " العقار " .

لذا فإن هذا النظام يعدّ بمثابة تأمين قانوني لكلّ المعاملات العقارية ، لأنه وقبل إشهارها يتطلب مراقبة جيّدة ودقيقة للعقود والحقوق المتضمنة نقل أو إنشاء حتى الملكية والحقوق التي تتفرع عنها ، بما يحقق الحجية في مواجهة طرفي العقد والغير على حدّ سواء .

ويتم بموجب هذا النظام مسك سجل خاص لدى مصلحة الشهر العقاري ، حيث تخصص فيه صفحة أو أكثر لكلّ عقار ، تدوّن فيه كل التصرفات التي ترد عليه مع تحديد موقعه ، مساحته ، رقمه ، حدوده ، ويسمى العقار المعني بـ الوحدة العقارية⁽³⁾

ويطلق على هذا السجل إسم مجموعة البطاقات العقارية ، حيث تخصص بطاقة عقارية خاصة بكلّ عقار يسجل فيها إسم المستفيد وقت إجراء الشهر ، و إسم أول متصرف إليه بعد إجراء الشهر الثاني ، ليثبت عليها بعد ذلك أوّلاً بأول كل ما يرد على هذا العقار من تصرفات تكون واجبة الشهر ، حيث بمجرد الإطلاع على هذه الصفحة ، يمكن معرفة تاريخ ملكية العقار، و الملاك الذين تعاقبوا عليه ، وما إذا كانت ملكية تامة وخالصة من الحقوق والأعباء " التكاليف " العينية⁽⁴⁾

(1) - راجع في ذلك : ليلي زروقي وحمدى باشا عمر، المرجع السابق، ص 45

(2) - راجع في ذلك : G . marty et p. reynand . p. jestaz . op cit page 488

(3) - تعد هذه الوحدة العقارية بطاقة تعريف العقار

(4) - ونقصد هنا بالأعباء الحقوق العينية التبعية الواردة على عقار سواء كانت رهن رسمي حقوق إمتياز أو حقوق متفرعة عن حق الملكية كحق الارتفاقإلخ

و يشرف على التسجيل "الشهر" موظف خوّله القانون صلاحية ذلك ، وهو المحافظ العقاري حيث بتمام التسجيل ينتقل الحق العيني من المتصرف إلى المتصرف إليه . فالشهر هنا هو الذي ينقل الأثر العيني ألا وهو إنتقال ملكية العقار، وليس العقد أو التصرف (1) وينتقل الحق العيني بالتسجيل حتى ولو كان التصرف معيبا لأن التسجيل يطهر عيوب التصرف (2) ولذلك تتمتع قيود السجل العقاري بحجية كاملة ، و إن من يكسب حقا عينيا بالإستناد إلى هذه القيود يعتبر مالك لهذا الحق على وجه نهائي ، فلا يجوز منازعته فيه. غير أن الأخذ بهذا النظام يقتضي أولا وقبل كل شيء مسح العقارات المبنية ، وغير المبنية تمهيدا لاعطاء كل منها رقما خاصا بها .

ثانيا : خصائص نظام الشهر العيني

هناك جملة من الخصائص يتميز بها نظام الشهر العيني عن نظام الشهر الشخصي و تتمثل فيما يلي :

1- مبدأ التخصيص

ونقصد به تخصيص صفحة أو عدة صفحات من البطاقات العقارية لكل وحدة عقارية ، إذ يقيد كل تصرف وارد على العقار ، سواء كان هذا التصرف منشئ معدّل ، أو ناقل للملكية في مجموع البطاقات العقارية مكوّنة ما يسمى بـ السجل العيني الذي استمد منه نظام الشهر العيني تسميته ، وما زاد من فعالية هذا النظام هو اعتماده على عنصر ثابت وهو العقار عكس نظام الشهر الشخصي الذي يعتمد على عنصر متغير وهو أسماء الأشخاص ، وعليه فكل من يريد التعامل في عقار ما عليه سوى الإطلاع على الصفحة المخصصة له في السجل العيني (3)

(1) - لا يتأثر الحق بعد ذلك بالطعن في صحة العقد الذي تمّ شهره

(2) - راجع في ذلك : حسين عبد اللطيف حمدان . أحكام الشهر العقاري الدار الجامعية 1990م بيروت ص 15

(3) - راجع في ذلك : معوض عبد التواب . التسجيل العيني علما وعملا . مصر . توزيع دار الفكر العربي دون تاريخ

2- مبدأ القوة الثبوتية المطلقة :

وهو ما يعرف بالثقة العامة في السجل العيني ⁽¹⁾ ، حيث أن كل تصرف يصدر في ظل هذا النظام يعد قرينة قاطعة على الملكية بالنسبة للعقار أو للحق العيني موضوع الشهر ، و يصبح التصرف سليما خاليا من العيوب مهما كان مصدرها ومنه فالحق المقيد موجود بالنسبة للكافة يمكن الاحتجاج به ما دام مقيد في السجل العيني ⁽²⁾ ولا يمكن الطعن فيه لا بدعوى البطلان ولا بدعوى الاستحقاق ، وهذا ما يشجع القروض المرتبطة بالرهن .

3- مبدأ الشرعية :

حسب هذا المبدأ يتعين على السلطة المكلفة بمسك السجل العيني و نغني به هنا المحافظ العقاري الذي يجب أن يتحقق من كل التصرفات و الوثائق التي تكون محلا للإيداع من أجل شهرها ، فيتولى مهمة مراقبة عامة ومراجعة سابقة حتى لا تقيد في السجل العيني إلا الحقوق المشروعة فعلا ⁽³⁾ ، حتى لا تهدر حقوق الغير ؛ فيعمل على تفحص كل الوثائق و العقود و التحقق من مدى صحة شرعية التصرفات القانونية و مدى قابلية الحق المراد تسجيله للقيد ⁽⁴⁾ . فيتجنب بذلك شهر الادعاءات المشكوك فيها ⁽⁵⁾ .

كما تتولد الثقة في بيانات السجل العيني مما يدفع إلى التعامل العقاري من بيع و شراء و قرض و ضمان بما يعود على اقتصاد الدولة بالنفع ⁽⁶⁾ .

4- مبدأ القيد المطلق :

و مقتضى هذا المبدأ أن الشهر هو مصدر الحقوق العينية العقارية ، و عليه فإن جميع التصرفات و الأحكام المنشئة الناقلة ، المعدلة و المسقطة لحق الملكية و الحقوق العينية الأخرى سواء كانت أصلية أم تبعية .

(1)- راجع في ذلك : د / محمد حسنين : المرجع السابق ، ص 90

(2)- راجع في ذلك : حسن طوايبي، المرجع السابق ، ص 57

(3) راجع في ذلك : خالد رمول ، المرجع السابق ، ص 23

(4) راجع في ذلك : عمر صداقي ، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري ، رسالة ماجستير جامعة الجزائر ، ص58.

(5) راجع في ذلك : معوض عبد التواب ، المرجع السابق، ص 54

(6) راجع في ذلك : عمر صداقي ، المرجع السابق ، ص 39

لا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير إلا من تاريخ قيدها في السجل العقاري ، و بمفهوم المخالفة لا يمكن الاحتجاج بالحقوق العقارية غير المقيدة .
و نستنتي من ذلك حالات انتقال الحقوق العينية العقارية عن طريق الوفاة أين يكون لها أثر رجعي وهو استثناء تقتضيه الضرورة ، فلا يسوغ أن تبقى الملكية دون مالك منذ وفاة الشخص إلى حين انتقال الملكية إلى الورثة .

5- مبدأ عدم اكتساب الحقوق المقيدة (المشهرة) بالتقادم :

و نقصد بالتقادم هنا ، التقادم المكسب الذي يؤدي إلى كسب الحقوق ، و ليس التقادم المسقط (1).

وعليه فخروجا عن القواعد العامة ، فإن التقادم الذي يعد سببا من أسباب كسب الملكية العقارية الخاصة محظورا في ظل نظام الشهر العيني حماية للثقة العامة و دعما لاستقرار الملكية العقارية ، حيث لا يمكن لوضاع يده على عقار مشهر مهما طالت مدة وضع يده أن يكتسب ملكية هذا العقار بالتقادم المكسب .

ثالثا : تقييم نظام الشهر العيني

باعتبار نظام الشهر العيني جاء بعد نظام الشهر الشخصي ، فقد حاول تقادي عيوب هذا الأخير ، وامتاز بما يلي :

1-مزاياه :

* يوفر الطمأنينة لكل من يتعامل على العقار ، وفق البيانات المدونة و القيود في السجل العقاري ، بما يضيفه على هذه الأخيرة من حجية كاملة ، فتكون الحالة القانونية للعقار متطابقة مع حالته الفعلية .

* يتفادى العيوب و الأخطار التي قد تتجم عن تشابه الأسماء ، لاعتماده على العقار أساسا للتسجيل في السجل العقاري و ليس على اسم المالك أو صاحب الحق العيني .

(1) التقادم المسقط هو الذي يؤدي إلى إسقاط الحقوق إذا لم تتم المطالبة بها خلال مدة معينة .

* يمنع هذا النظام اكتساب الحقوق بالتقادم ، لأن مرور الزمن لا يسري على الحقوق المسجلة في السجل العقاري .

* يؤدي إلى ضبط مساحة العقار ، و يضمن عدم التعدي عليه أو الاستيلاء على أي جزء منه ، كما يضع حدا للمنازعات التي تثور بين الجيران بشأن الحدود ،ذلك أن هذا النظام يوجب مسح العقارات و تحديدها ، و رسم خريطة شاملة لها⁽¹⁾ يتم التسجيل على أساسها .

* يؤدي إلى استقرار الملكية العقارية ، و توفير الثقة لها ، مما يشجع على التعامل في العقارات ، و يفرز الائتمان العقاري ، و لا يخفى ما لذلك من أثر في إنماء وازدهار الثروة العقارية⁽²⁾ .

2- عيوبه :

عيوب هذا النظام قليلة مقارنة بمزاياه و تتمثل في :

* **نظام مكلف** : فتطبيقه يتطلب نفقات باهضة و مجهودات جبّارة ، ذلك أن عملية المسح التي تعد الدّعامة الأساسية له ، تستلزم لتشمل كل الأراضي (العقارات المبنية و غير المبنية) الأموال و الرجال المتخصصين في هذا الميدان .

* تفتتت الملكية إلى أجزاء كثيرة ، خاصة عندما يكون ذلك عن طريق الميراث و القسمة حيث يصبح كل شخص أو عدة أشخاص يملكون أجزاء صغيرة جدّا من العقار ، كذلك إهدار الحقوق العينية ، و يمكن أن يكون وسيلة اغتصاب للملكية⁽³⁾ خاصة بالنسبة للقيد الأول بعد المسح بالنسبة للأراضي التي لم تكن لها عقود⁽⁴⁾ .

(1) راجع في ذلك : معوّض عبد التّواب ، المرجع السابق ، ص 34,35

(2) راجع في ذلك : حسين عبد اللطيف حمدان ، المرجع السابق، ص16

(3) يكون نظام الشهر العيني وسيلة اغتصاب الملكية نظرا لما يتميز به من قوة القيد المطلقة التي يمنحها للحقوق العينية و تطهيره للتصرفات حتى و لو كانت باطلة مما يؤدي أحيانا إلى التضحية بالمالك الحقيقي.

(4) راجع في ذلك : ليلي زروقي ، حمدي باشا عمر ، المرجع السابق ، ص 47 .

الفرع الثالث :

موقف المشرع الجزائري من النظامين

اشترط المشرع الجزائري لحماية الملكية العقارية الخاصة ، في السندات المثبتة و الناقلة لها . الشكل الرسمي حسب ما أكدته المادة 324 مكرر.1.ق.مدني و المادة 165 ق.مدني ، مع إشهار العقد أو التصرف المثبت لها في البطاقات العقارية على مستوى المحافظة العقارية طبقا للمادة 793 ق.مدني .

و لقد تبنى المشرع الجزائري نظام الشهر العيني و يبدو ذلك جليا من خلال اصداره للأمر 74/75 المؤرخ في 08 ذي القعدة 1395 هـ الموافق لـ 1975/11/12م المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ، و كذا المراسيم المطبقة له - الذي يبقى أمر تطبيقه تعميمه على كل التراب الوطني مرهونا بالانتهاء من عملية مسح الأراضي لكون عملية الشهر في النظام العيني تتضمن جملة من الإجراءات والقواعد القانونية والتقنية التي تهدف إلى إعلام الجمهور . فإن هذه القواعد لا يمكن تطبيقها إلا بعد المسح الذي يتكفل بتحديد معالم الأرض بتقسيمها إلى وحدات ملكية وإعطائها أرقاما خاصة ورسم مخططاتها غير أن المسح العقاري ، ورغم البدء فيه منذ سنة 1971م عند تطبيق الثورة الزراعية⁽¹⁾ إلا أنه لم يتقدم كثيرا ، إذ لم يسمح سوى $\frac{1}{3}$ مساحات البلديات⁽²⁾ في حين لا تزال مساحة شاسعة لم تحرر عقودها ، رغم تشجيع السلطات الحائزين للأراضي في المناطق غير الممسوحة للحصول على سندات ملكية عن طريق إعداد عقود شهرة طبقا للمرسوم 352/83 ومنح شهادات الحيازة من طرف رؤساء البلديات طبقا للمادة 39 من قانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري في انتظار تكريسهم كمالكين بعد المسح .

فضلا عن ذلك فالمشرع الجزائري لا يزال يكرس اكتساب الملكية بالتقادم⁽³⁾ دون أن يفرق بين الأراضي الممسوحة وغير الممسوحة .

(1) - راجع في ذلك : حمدي باشا عمر و ليلي زروقي : المرجع السابق، ص 48

(2) - ما تم مسحه لحد الآن 662 . 382 . 3 هكتار ريفية و 279 . 16 هكتار عمرانية

(3) - راجع في ذلك : المادة 823 ق. مدني

ورغم أن المشرع قد اعتبر أن القيد في السجل العقاري هو الذي ينشئ الحقوق إلا أنه أجاز الطعن في قرارات المحافظ العقاري أمام القضاء دون أن يحدّد مدة لذلك ممّا يجعل القوّة الثبوتية للقيد غير مطلقة المادة 24 من الأمر 74/75 السالف الذكر .

وبتبني المشرع الجزائري لنظام الشهر العيني قام باسناد مهمة تأسيس السجل العقاري و الإجراءات التي تليه إلى المحافظ العقاري الذي خصه بصلاحيات واسعة تتجلى في الرقابة التي يفرضها على كل تصرف أو إجراء يقدّم للشهر (1) .

و في الأخير سوف نقوم بإبرام أهم خصائص ومميزات نظام الشهر العقاري التي تتجلى فيما يلي :

1- الطابع العيني والشخصي :

يتم الشهر العقاري باسم العقارات ويتألف السجل العقاري كما سنرى من عدد من بطاقات العقارات ، حيث تخصص كلّ واحدة منها لعقار معين ، و تسمح بجمع مختلف الإجراءات المنصبة على هذا العقار ، غير أنه وبصفة انتقالية ، فإن العقود والقرارات القضائية المودعة لشهرها في مجموع البطاقات العقارية مؤقتة تمسك على الشكل الشخصي ، أي يتم الشهر باسم المالكين (2) حسب المادة 27 الأمر 74/75 .

2- الطابع الإلزامي للشهر العقاري :

إذا كانت فعالية السند بين الطرفين تتوقف على الشهر العقاري حسب المادة 06 من الأمر 74/75 هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فالشهر العقاري ليس إلزاميا (3) بالنسبة لطرفي العقد فقط . وإنما كذلك بالنسبة للموثقين ، وكتاب الضبط والسلطات الإدارية حسب المادة 90 مرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري .

كما يجب أن يتم الشهر في أجل معين ، ولا يستثنى من ذلك إلا الرهون والامتيازات العقارية التي يكون فيها الشهر إختياريا ، لأن الجزاء الوحيد على عدم تسجيلها هو عدم قابليتها للإحتجاج بها .

(1)- راجع في ذلك : حمدي باشا عمر ويلي زروقي : المرجع السابق ، ص 48

(2)- راجع في ذلك : الإجتهد القضائي للغرفة العقارية الجزء (1) قسم الوثائق 2004، ص 17

(3)- راجع في ذلك : Latrous Bachir : la publicité foncière en droit a algérien page

3- الطابع الإداري للشهر العقاري

أنط المشرع الجزائري مهمة الشهر العقاري إلى مصلحة إدارية ، يتولى إدارتها المحافظ العقاري ، حيث يكلف المحافظون العقاريون ، زيادة على مسك السجل العقاري (1) بالعمليات ذات الصلة بوعاء حقوق التسجيل . وبوعاء الرسم العقاري مضطلعين بذلك بدور ضريبي .

وليس للمحافظ أي دور قضائي لأن أقصى ما يتولاه هو التأكد من هوية وأهلية الأطراف إضافة إلى قانونية الوثائق الواجب شهرها .

المطلب الثاني:

انعكاسات نظامي الشهر على

سندات إثبات الملكية العقارية الخاصة

لقد تبنى المشرع الجزائري نظام الشهر العيني منذ إصداره للأمر 74/75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ، وإصدار المراسيم المطبقة له ، حتى تكون الملكية العقارية وكلّ الحقوق العينية العقارية آيا كان صنفها ، أصلية كانت أو تبعية ، لا تنتقل إلاّ بالشهر أو القيد « فيما يخص الحقوق العينية التبعية » وفي مقابل هذا ونظرا للارتباط الوثيق بين الانتهاء من عملية المسح وتطبيق هذا النظام ، ارتأى المشرع الجزائري إلى ضرورة إصدار عدّة نصوص قانونية وتنظيمية ، وهذا ما نتج عنه تباين في سندات إثبات الملكية العقارية الخاصة ، لذا فما هي سندات إثبات الملكية العقارية الخاصة في ظل تطبيق الأمر 74/75 وفي غيابه ؟ وهل وفق المشرع الجزائري في تصنيف هذه السندات ممّا يضمن إستقرار المعاملات العقارية ؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه في الفرعين التاليين :

حيث نخصص :

الفرع الأول : لإثبات الملكية العقارية في المناطق التي لم تشملها عملية المسح

والفرع الثاني : لإثبات الملكية العقارية في المناطق الممسوحة .

الفرع الأول

إثبات الملكية العقارية في المناطق التي لم تشملها عملية المسح

يتم إثبات الملكية العقارية الخاصة في الأراضي التي لم تشملها بعد عملية المسح العقاري بالسندات التالية .

* **العقد** : سواء كان رسمي أو عرفي

* **الأحكام القضائية**

* **العقود الإدارية**

* **عقد الشهرة**

* **شهادة الحيازة**

أولاً : العقد

يعدّ العقد من مصادر الإلتزام ، فهو إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدّة أشخاص آخرين بمنح ، أو فعل ، أو عدم فعل شيء ما . المادة 54 ق مدني .

وتنقسم العقود الواردة على المعاملات العقارية بحسب نوعها إلى عقود رسمية و أخرى عرفية ، وفيما يلي سنتطرق إلى كلّ منهما بإيجاز ، تاركين التفاصيل إلى المطلب الثالث في مدى فعالية كلّ من العقد العرفي والرسمي في نقل الملكية العقارية الخاصة .

1 - العقد الرسمي

كانت العقود العرفية ولمدّة طويلة من الزمن كافية لتكون كلّ المعاملات والعقود صحيحة ومنتجة لكامل آثارها القانونية ، إلى أن جاء قانون التوثيق لسنة 1970م ، مشترطاً للشكل الرسمي من أجل نفاذ التصرفات العقارية في مواجهة أطراف العقد .

وتعرّف المحررات الرسمية بأنها كل ورقة صادرة من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عمومية مختص بتحريرها من حيث نوعها ⁽¹⁾ ومن حيث مكان التحرير حسب القواعد المقررة قانونا ، ليثبت ما تمّ على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن ⁽²⁾ .

ولقد عرّقت العقد الرسمي المادة 324 ق مدني بقولها : « العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته و اختصاصه » ولذلك يجب توافر ثلاث شروط ليكون العقد رسميا وهي :

أ- أن يكرره موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة.

ب- أن يكون هذا الموظف مختصا.

ج- أن يقوم باحترام الشكل القانوني ⁽³⁾ .

كما إشتطرت المادة 324 مكرّر 1- ق مدني توافر الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان في العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية .

وما يترتب على عدم إحترام ذلك : أن العملية القانونية تكون في حدّ ذاتها باطلة ⁽⁴⁾

فلو أجرينا مقارنة بسيطة بين النص القديم للمادة 324 مكرر نجد أنها أوردت عبارة الورقة الرسمية لكن سرعان ما تدارك المشرع الجزائري ذلك ، وعوضها بعبارة العقد الرسمي الذي يعد ترجمة صحيحة لكلمة « Acte » الواردة في النص الفرنسي ، وكان من الأفضل أن يبقى على كلمة " ورقة رسمية " بدل " عقد رسمي " باعتبار العقد تصرف قانوني مفرغ فيها .
و عليه يمكن تصنيف المحررات الرسمية إلى أربعة أقسام بالنظر إلى طبيعة و صفة العقد المحرر بها :

(1) - راجع في ذلك : شريف الطباخ الموسوعة النموذجية في الإثبات في ضوء القضاء والفقه الجزء 1 المركز القومي للإصدارات القانونية ط 1، 2004 ، ص 197

(2) - راجع في ذلك : د. محمد المنجي دعوى التروير الفرعية في المواد المدنية توزيع منشأة المعارف الإسكندرية ط 1. 1996م ، ص 13

(3) - راجع في ذلك M^{er}: mostafa kara farida la preuve écrite en droit civil algerien . memoire

pour le magistère en droit . 1982 page 43

M: mostafa kara farida : op-cit . page 74 (4)

1- المحررات و العقود المحررة من طرف الموثقين ، و هي التي تشكل أغلب الوثائق المودعة لدى المحافظة العقارية كعقود الشهرة مثلا .

2- التقارير التي يحررها المحضر القضائي في حدود اختصاصاته و سلطاته .

3- القرارات و الأحكام القضائية الحائزة لقوة الشيء المقضي فيه ، و التي تقضي بـ:

إنشاء ، إسقاط ، تجزئة ، أو قسمة حق الملكية ، و سائر الحقوق العينية الأخرى .

4- العقود الإدارية و محاضر البيع بالمزاد العلني ، إضافة إلى عقود اكتساب الملكية العقارية أو تأجيرها . المعدة من طرف مديرية أملاك الدولة ، البلدية ، أو مفتشيات أملاك الدولة في حدود إختصاصاتها و سلطاتها ⁽¹⁾ .

5-العقود الإدارية و المحررات الأخرى المقيدة من طرف السلطات الإدارية في حدود إختصاصاتها كشهادة الحياة مثلا .

إن قاعدة الرسمية وسيلة لترقية المعاملات القانونية و خاصة العقارية منها ، لذا أخذت بها أنظمة معظم الدول ، فهي تضمن احترام الشروط القانونية الخاصة بتعيين الأطراف و العقارات ، إضافة إلى الحجية التي تضيفها على المحرر و ضمان إشهار المحررات المودعة بالمحافظة العقارية في الآجال القانونية المحددة لها ⁽²⁾ . لأن العقد لكي ينشأ صحيحا لا بدّ أن تتوفر أركانه المعروفة و هي : الرضا ، المحل ، السبب و هذا أمر متعارف عليه إلا أن المشرع الجزائري يضيف ركنا رابعا وهو التوثيق أو ما يعرف بالعقد الرسمي ⁽³⁾ أو الشكلي ، و هذا ما ينطبق على المعاملات العقارية و منها البيوع مثلا .

و سنكتفي بهذا القدر حول العقد الرسمي لنزيد به شيء من التفصيل في المطلب الثالث ، و في الفرع الأول منه لمعرفة مدى فعالية العقود الرسمية في نقل الملكية العقارية .

2- العقد العرفي :

المحررات العرفية هي الأوراق التي تصدر من الأفراد و التي لا يتدخل فيها موظف عام في تحريرها ⁽⁴⁾ .

(1) راجع في ذلك : خالد رمول : المرجع السابق، ص 37

(2) راجع في ذلك : خالد رمول ، المرجع السابق، ص 38

(3) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر : نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري ، دار هومة ط. 2002 ، ص 112

(4) راجع في ذلك : شريف الطباخ ، المرجع السابق ص 244

و قد نصت المادة 327 من ق. المدني على العقد العرفي بقولها : « يعتبر العقد العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خطأ أو إمضاء »

من خلال هذه المادة يتضح أنه يوجد عنصرين هامين لنفاذ و صحة العقد العرفي و هما أن يكون محررا بيد الشخص ، ومشتملا على التوقيع ، مع أن التوقيع هو الأهم ⁽¹⁾ ، لأنه هو الذي يتضمن قبول الموقع لما هو مدون في الورقة و بعبارة أخرى هو الذي ينسب الكتابة إلى صاحب التوقيع .

و إذا خلت الورقة العرفية من التوقيع فلا قيمة لها في الإثبات إلا أنها تصلح لأن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كانت بخط المدين ⁽²⁾ .

فإذا اعترف صاحب التوقيع بصدور الورقة منه ، و سكت و لم ينكر صراحة صدورها اعتبرت الورقة صادرة منه ، و اعتبر التوقيع توقيعه و الخط المنسوب إليه خطه ، و تصبح الورقة العرفية من حيث صدورها ممن وقع عليها في قوة الورقة الرسمية ، و لا يجوز لصاحب التوقيع أن يعود بعد ذلك إلى الإنكار إلا عن طريق الطعن بالتزوير ⁽³⁾ .

غير أن المادة 327 من ق. المدني استتنت ورثة و خلف موقع العقد من الإنكار الصريح و اكتفت بأن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا الحق منه ⁽⁴⁾ هذا بالنسبة لأطراف العقد .

أما بالنسبة للغير ، فلا يكون للعقد العرفي حجية إلا إذا كان له تاريخا ثابتا وهو ما نصت عليه المادة 328 ق. المدني ، بقولها : « لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت و يكون العقد ثابت ابتداء :

(1) راجع في ذلك : M: mostafa kara farida : op-cit . page 38

(2) راجع في ذلك : شريف الطباخ ، المرجع السابق ص 244 .

(3) راجع في ذلك : مصطفى مجدي هرجة ، قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، في ضوء أحدث الآراء و أحكام النقض و الصيغ القانونية ، دار المطبوعات الجامعية ، ط 1994 ، ص 223 .

(4) راجع في ذلك : عبد الحفيظ بن عبيدة ، إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، ط 2003 ، ص 77

- من يوم تسجيله .
 - من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام .
 - من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص .
 - من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء » .
- و نحن بصدد التحدث عن العقود العرفية لابد أن نميز بين حقبتين من الزمن مرحلة ما قبل 1971/01/01 ، و مرحلة ما بعدها .

أ- مرحلة ما قبل 1971/01/01

تكريسا لمبدأ الرضائية ، كانت عملية نقل الملكية العقارية و إثباتها في تلك الفترة لا يشترط فيها أبدا الشكل الرسمي ، و يكفي فيها الشكل العرفي ⁽¹⁾ :

لذا عرف التعامل بالعقود العرفية رواجاً كبيراً في مجال المعاملات العقارية ، ذلك أن حجيتهم كانت مطلقة ، لأنه يكفي توافر أركانه المعروفة من رضا ، محل و سبب ، و قد جاء ذلك في قرارات عديدة ⁽²⁾ .

و قد جاء في القرار رقم 200454 الصادر بتاريخ 2001/01/31 : « و لما كانت أحكام القانون المدني القديم لا سيما المادتين 1322 و 1582 الساريتي المفعول وفق التصرف تجيزان البيع العرفي للعقارات فإن قضاة الموضوع قد أعطوا قرارهم أساساً سليماً ، و طبقوا صحيح القانون لما ألزموا الطاعنين بتثبيت هذا البيع ، بما يسمح بنقل الملكية قانوناً مطبقين بذلك أحكام المادة 361 من القانون » .

(1) هذا ما أكدت عليه المادة 1582 من القانون الفرنسي ، و هو القانون المعمول به في الفترة الاستعمارية ، التي تنص على مايلي : « البيع هو اتفاق يقوم بمقتضاه أحد بتسليم شيء و الآخر بدفع الثمن ، و يجوز أن يتم ذلك بعقد رسمي أو عرفي »

(2) راجع القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1990/11/19 و الذي جاء فيه : « و لما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع طبقوا المادة 12 من الأمر 91/70 المتضمن مهنة التوثيق غير قابلة للتطبيق في القضية الحالية ، و كان عليهم مناقشة المادتين 351 و 361 من القانون المدني ، لأن المشرع قد قصد فعلاً تخصيص مكانة للعقد العرفي بين العلاقات القانونية و يعد في نظر القانون مصدر التزامات بين الأطراف » .

ب- مرحلة ما بعد 1971/01/01 :

أغلق الأمر 90/71 كل الأبواب في وجه المعاملات العرفية في مجال الحياة العقارية ، و ذلك لاشتراطه الرسمية تحت طائلة البطلان في العقود الناقلة أو المعدلة أو المنشئة لحقوق عينية عقارية سواء كانت أصلية أو تبعية و ذلك بموجب المادتين 12 و 13 منه حيث جرد من الحجية التي كانت تعتريه وهو نفس ما أكدته المادة 61 من المرسوم 63/76 السالفة الذكر هذا على الصعيد التشريعي ، أما الواقع العملي فقد بقي بعيدا كل البعد عن مقتضيات قانون التوثيق ، و استمر التعامل بالعقود العرفية و تكريسها من قبل الجهات القضائية التي تعترف لها بالحجية ، على غرار العقود الرسمية إلى غاية صدور القرار الشهير الصادر عن الغرف المجتمعة للمحكمة العليا رقم 136.156 الصادر في 1997/02/18⁽¹⁾ . و الذي جاء فيه :

« حيث أن الشكل الرسمي ، في عقد البيع -محل تجاري - شرط ضروري لصحته ، و أن تحرير عقد البيع في شكل آخر يخاف القانون ، يؤدي إلى بطلان ذلك العقد » .

و هذا ما كرسته الغرفة العقارية للمحكمة العليا في القرار رقم 148541 مؤرخ في: 1997/05/23 م.ق 1997 عدد 01 ص 183 ، حيث جاء فيه : « من المقرر أن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها للشكل الرسمي يجب أن تحرر على هذا الشكل تحت طائلة البطلان » .

و هكذا يعد تاريخ 1997/02/18 الحدّ الفاصل بين عهد العرفية و الرسمية في مجال المعاملات العقارية . فلا يقبل أي تعامل عقاري إلا إذا كان السند الذي ينقله أو يعدله أو ينشئه مبرما بمراعاة قاعدة الرسمية تحت طائلة البطلان .

ثانيا: الأحكام القضائية

تكون في كثير من الحالات الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية سندات رسمية تحل محل عقود الملكية المنصبة على الملكية العقارية ، لكن هذا لا يعني أن كل الأحكام التي تصدر من المحاكم وسيلة لكسب الملكية العقارية أو إثبات لها .

(1) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر : حماية الملكية العقارية ، ص 24

و فيما يلي بعض الأحكام القضائية التي تكرّس الملكية العقارية :

1/ حكم تثبيت العقد العرفي غير الثابت التاريخ :

يمكن لصاحب العقد العرفي المبرم قبل صدور الأمر 91/70⁽¹⁾ ، اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم يثبت صحة عقده ، فعلى القاضي أن يتأكّد من تاريخ إبرام العقد العرفي⁽²⁾ هوية الأطراف ، أركان العقد ، أن العقد واقع في بلدية لم تشملها عملية المسح العقاري⁽³⁾ و بعدها يقوم بتثبيت العقد العرفي بموجب حكم بعد أن يصبح نهائي يسجل و يشهر بالمحافظة العقارية ، و يترتب على عدم شهره ، أن لا يكون له حجية في مواجهة الغير و هذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 99699 مؤرخ في 1993/07/25 «ذلك أن المستأنفتان لم تبادرا بشهر الحكم القضائي الذي يثبت عقد عرفي مبرم قبل 1971 المنصب على القطعة الأرضية»⁽⁴⁾ .

2/ حكم رسو المزاد :

تنص المادة 394ق.إ.م : «يعتبر حكم رسو المزاد سنداً للملكية» بعد المزايدة تنتقل الملكية إلى المزايد بعد تسجيل الحكم في المحافظة العقارية (شهره) ، خلال أجل شهرين⁽⁵⁾ التاليين لصدور الحكم ، و في حالة عدم شهر الحكم خلال هذه المدة ، يعاد البيع على نفقة من رسي عليه المزاد لأول مرّة ، و يكون الشخص الذي رسي عليه المزاد مالكا جديدا للعقار⁽⁶⁾ .

(1) راجع الأمر 91/70 ، مؤرخ في 1970/12/15 المتضمن مهنة التوثيق ، المادة 12 منه

(2) راجع المادة 65 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري .

(3) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 59

(4) المجلة القضائية ، 1994 ، عدد 02، ص 212 .

(5) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر ، المرجع السابق ، ص 56

(6) راجع في ذلك المادة 394 و 396 من قانون الإجراءات المدنية

3/ الحكم المتعلق بالوعد بالبيع :

هناك اختلافات في ما إذا كان الحكم المتعلق بالوعد بالبيع يشهر أم لا ، فيرى الأستاذ حمدي باشا عمر أن الوعد بالبيع لا يشهر ذلك أن حق الموعد في مرحلة الوعد بالبيع يبقى مجرد حق شخصي ، لأن المحافظة العقارية لا تقوم بشهر إلا الحقوق العينية الأصلية و التبعية . أما الأستاذ عبد الحفيظ بن عبيدة فيرى ضرورة إشهار الوعد بالبيع طبقاً للمادة 324 مكرر 1.ق.م ، أحكام الأمر 74/75 ، المرسوم 63/76 و المادة 29 من قانون التوجيه العقاري فضلاً عن أن قانون المالية لسنة 2004 أوجب إشهار الوعد بالبيع بالمحافظة العقارية برسم يساوي رسم عقد البيع ⁽¹⁾ ، واشترط هذا القانون تحديد المدة و الثمن .

4/ الحكم المتعلق بقسمة المال الشائع :

قد يلجا الشريك في الشيوع إلى القضاء بغرض استصدار حكم بقسمة المال الشائع ، حيث تجري القسمة بالاقتراع حسب المادة 727 ق.مدني ثم تثبت المحكمة ذلك في محضرها ، و تصدر حكماً بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز ، و يعد هذا الحكم سنداً للملكية يسجل و يشهر بالمحافظة العقارية .

5/ الحكم المتعلق بالحيازة :

إذا نازع أحد الحائز في العقار ، جاز لهذا الأخير أن يرفع دعوى قضائية ، يثبت حيازته بحكم قضائي ⁽²⁾ ، و في ذلك نجد القرار 104967 مؤرخ في 10/11/1993 م.ق 1994 عدد 01. ص 34 حيث أن الحيازة استمرت مدة 15 سنة دون انقطاع ملك حائز العقار ، و ثبوت الملكية مع ضرورة توافر شروط الحيازة في نص المادة 827 ق.م .

(1) راجع في ذلك : عبد الحفيظ بن عبيدة ، ملتقى أشغال اليوم الدراسي الأول ، بمجلس قضاء سطيف يوم 2004/06/07 بمؤتقى غرفة الشرق ، حول شهر التصرفات العقارية .

(2) راجع : حمدي باشا عمر ، المرجع السابق ، ص 65

6/الحكم المثبت للشفعة :

الشفعة رخصة تجيز حلول المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال المنصوص عليها في المادة 795 ق.م فمثلا : لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة أو العكس ، أن يرفع دعوى أمام المحكمة التي يقع العقار في دائرة اختصاصها ، و الحكم الذي يصدر يعد سندا للملكية ، يتم شهره حسب المادة 803ق.م ، ومنذ أن يصبح الحكم نهائيا بثبوت الشفعة يصبح سندا للملكية وتنتقل الملكية من المشتري إلى الشفيع و هذا ما جاء في القرار رقم 202380مؤرخ في 2000/11/22 ، الغرفة العقارية ، القسم الثالث .

7/ الحكم المصرح بشغور التركة :

لا بأس أن نشير إلى أن الحكم الصادر في الدعوى التي ترفعها الدولة ، و تطالب فيها بالعقار أمام الجهات القضائية ، فيما يخص الأملاك التي لا مالك لها ، و بعد انقضاء الآجال يثبت الحكم بانعدام الورثة ، و يصرح القاضي بشغور التركة ⁽¹⁾ و إلحاقها بملكية الدولة ، و يقوم الحكم مقام العقد و يشهر بالمحافظة العقارية حسب المادة 773ق.م

8/الأمر الاستعجالي القاضي بإشهاد استلام العقار :

تقوم الإدارة برفع دعوى استعجالية لاستصدار أمر استعجالي من شأنه أن يكرّس تسليم العقار للإدارة ⁽²⁾ و بصفة استعجالية، و يكون ذلك بتقديم ملف للقاضي ⁽³⁾ ثم يصدر الأمر الاستعجالي ، و تشهره الإدارة بالمحافظة العقارية .

و هكذا نكون قد سلطنا الضوء ، ولو باختصار لمعرفة مدى فعالية الأحكام القضائية في إثبات الملكية العقارية لنجد أن الحكم النهائي لا يترتب عنه إثبات الملكية إلا إذا روعيت إجراءات التسجيل و الشهر العقاري .

(1) لمزيد من المعلومات حول التركة الشاغرة راجع المواد 51,48-52 من قانون 30/90 المتضمن الأملاك الوطنية .

(2) نكون بصدد هذه الحالة فيما يخص نزاع الملكية من أجل المنفعة العامة قانون 11/91 المؤرخ في 1991/04/27

الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية .

(3) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر و المرجع السابق ، ص 67 .

ثالثا : العقود الإدارية

العقود الإدارية اتفاق يبرم بين ممثل الإدارة بصفته موثق الدولة و المستفيد من العقار المراد اكتسابه ، و قد عرفت الجزائر هذا النوع من العقود خلال فترة الاحتلال الفرنسي ، في إطار ما يعرف بالعقود المسلمة من إدارة أملاك الدولة ⁽¹⁾ .

أما السندات الإدارية فهي تلك الوثائق التي تحررها الإدارة العمومية بمناسبة التصرف في ملكيتها العقارية لفائدة الغير ؛ و تنقسم إلى عقود إدارية و شهادات ملكية . وسوف نبين بإيجاز بعض العقود الإدارية التي يمكن أن تشكل سندات إثبات للملكية العقارية :

1- عقود التبادل :

يتم تبادل الأملاك العقارية بين الدولة و الخواص حسب ما ورد في المادة 92/ف2 و وكذلك 95/ف2 من قانون 30/90 ، و بعد اتباع سلسلة من الإجراءات ، يجب تحرير العقد الإداري ⁽²⁾ من إدارة أملاك الدولة موقعا من الوالي أو عقد توثيقي يكون فيه مدير أملاك الدولة طرفا نيابة عن وزير المالية ، و في الحالة الثانية يتحمل الطرف المتبادل مع الدولة مصاريف التوثيق ، و يخضع العقد في الحالتين لإجراءات التسجيل و الشهر على أن المصاريف على عاتق المتبادل مع الدولة .

2- عقود التنازل :

التنازل هو تحويل ملكية عقارية ، تابعة للأملاك الخاصة للدولة ، بثمن لا يقل عن قيمتها التجارية . و قد قام المشرع بإلغاء قانون 01/81 بموجب قانون 06/2000 المؤرخ في : 2000/11/23 المتضمن قانون المالية لسنة 2001 . نتيجة الأضرار التي لحقت بالخزينة العامة كون عملية التنازل تمت بأثمان زهيدة من جهة و فقدت مداخيل دائمة من جهة أخرى

(1) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 341 و ما بعدها

(2) راجع في ذلك : امير يحياوي ، الوجيز في الأملاك الخاصة التابعة للدولة و الجماعات المحلية -الجزائر ، دار

هومة ، 2001 ، ص 68

و بالنسبة للعقارات التابعة للدولة يقوم تحرير العقد مدير أملاك الدولة و الجماعات المحلية و رئيس المجلس الشعبي البلدي بالنسبة للعقارات التابعة للبلدية .
و يقع على الإدارة عبء القيام بإجراءات تسجيل و شهر عقد التنازل حتى تنتقل الملكية من الدولة إلى الأفراد .

عمليا كثيرا ما تعتبر بعض الجهات القضائية بعض العقود الإدارية سندات ملكية ، و لكنها ليست كذلك كرخصة البناء ، مداولات المجلس الشعبي البلدي ⁽¹⁾ ، المراسلات الإدارية محضر اجتماع مجلس الإدارة ، عقود التخصيص ، إلخ ، فهذه السندات تشكل إثبات تعامل صحيح يتم بين الإدارة و المستفيد ليس إلا و لا ترقى إلى مستوى عقود ملكية .
و عليه لا بد أن تبرم هذه العقود الإدارية في شكل رسمي سواء من مدير أملاك الدولة أو الموثق ، إذا اختارت الإدارة اللجوء إليه ، و لكي يحتج بها في مواجهة الغير يجب أن تشهر في البطاقات العقارية ، و يقع على الإدارة عبء تسجيل العقد و شهره ، واستثناء من مبدأ الفصل بين السلطات يجوز للقاضي الإداري توجيه أوامر للإدارة و إلزامها باتمام شكليات التسجيل و الشهر للعقد الإداري لارتكابها حالة تعدّي ⁽²⁾.

رابعاً : عقد الشهرة

1) تعريفه :

لم يعرفه المشرع الجزائري في المرسوم 352/83 الذي سن إجراءات إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية لذا يمكن تعريفه كما يلي : « هو محرر رسمي يعد من قبل الموثق طبقاً لأشكال القانونية ، و في حدود سلطة اختصاصه ، يتضمن إشهار الملكية على أساس التقادم المكسب بناء على تصريح طالب العقد » ⁽³⁾ .
و قد سن المشرع هذا الإجراء تطهيراً للملكية العقارية في المناطق التي لم تشملها بعد عملية المسح العقاري .

(1) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 48 وما بعدها .

(2) راجع قرار رقم : 199504 ، مؤرخ في 2000/06/12 ، مجلس الدولة الغرفة الثالثة غير منشور مشار إليه في ، حمدي باشا عمر ، حماية الملكية الخاصة ، ص

(3) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر : محررات شهر الحيازة ، دار هومة ، ط1، سنة 2001، ص 17

(2) شروط إعداد عقد الشهرة :

- α أن يقع العقار في بلدية لم تشملها عملية المسح .
- α أن لا تكون ملكية طالب عقد الشهرة ثابتة بسند رسمي .
- α أن يكون العقار موضوع عقد الشهرة من نوع الملك الخاص ⁽¹⁾.

أ- الشروط المتعلقة بالحياسة :

لم يعرفها المشرع في التقنين المدني إلا أنه تناول موضوعاتها في المواد من 808 إلى

843ق.م

- تعريفها :

هي وضع مادي يسيطر به الحائز سيطرة فعلية على الشيء سواء كان حقا عينيا أو حقا شخصيا أو هي «واقعة مادية تحدث آثارا قانونية» ⁽²⁾ . فهي ليست بحق أصلا ، لا عيني و لا شخصي ، و إنما هي سبب من أسباب كسب الحق .

- عناصرها : تقوم الحياسة على عنصرين :

α **العنصر المادي** :و هي سيطرة شخص على شيء مادي ظاهر عليه بمظهر المالك أو صاحب الحق كأن يقوم الشخص بالأعمال المادية التي يباشرها عادة المالك .

α **العنصر المعنوي** : وهو نية التملك و ظهور الحائز أمام الناس بمظهر صاحب الحق

محل الحياسة .

- شروطها :

يجب أن تكون الحياسة ، هادئة ، علنية ، ذلك أن الحياسة التي يكتنفها الكتمان تقوم على الشك و لا يجوز التمسك بها في مواجهة الغير ، و أن تكون مستمرة ⁽³⁾ ، خالية من العيوب ⁽⁴⁾ و كذا عدم الاستمرار .

(1) يستبعد من نطاق تطبيق الرسوم : الأملاك الوطنية و الأملاك الوقفية .

(2) راجع في ذلك : د. محمد المنجي ، الحياسة منازعات الحياسة الوقفية طبقا لقانون 1992/23 ، منشأة المعارف الاسكندرية ط3، ص 91.

(3) راجع في ذلك : د. محمد المنجي ، الحياسة دراسة تأصيلية من الناحيتين المدنية و الجنائية، منشأة المعارف الاسكندرية ط2 ، 1985 ، ص55

(4) كعيب ، الاكراه ، الخفاء ، الغموض ، اللبس .

- المدة :

يجب تقديم الملف من قبل الحائز للموثق إذا استوفى المدة اللازمة للحيازة و هي 15 سنة طبقا للمادة 827ق.م ، وقد نصت المادة 3مرسوم 352/83 على الملف الواجب تقديمه للموثق و يقع على عاتق الموثق أن يتحرى تاريخ وضع اليد من أجل حساب المدة بدقة ، فإذا كان الحائز قد وضع يده قبل سنة 1975 تاريخ صدور القانون المدني ، يحسب له التقدم على أساس القانون القديم وهو 30 سنة طبقا للمادة 2262 من القانون المدني الفرنسي .

3- آجال تحرير عقد الشهرة و الجهة المختصة بالطعن فيه :

أ- آجال تحرير عقد الشهرة :

بعد أن يقدم الشخص الذي يريد الحصول على عقد الشهرة الملف إلى الموثق المختص إقليميا حسب المادة 1و2 من المرسوم 351/83⁽¹⁾ ، مستوفيا كل الوثائق اللازمة ، يجب على الموثق أن يحرر عقد الشهرة خلال 4 أشهر اللازمة لرّد مدير أملاك الدولة بالولاية ، و عليه فهو ملزم بتحرير العقد حتى ولو لم يتلق الردّ هذا بحسب الأصل .

أما استثناء يمكن إضافة شهرين في حالة كثرة العقود ، شرط أن لا تكون المدة المقررة قانونا تتجاوز ستة أشهر .

ولقد طرحت إشكالية هامة في الواقع العملي مفادها : هل يجوز للموثق تحرير عقد شهرة على عقارات لها سندات ملكية مشهرة بالمحافظة العقارية ؟

للإجابة عن هذا السؤال نجد اتجاهين :

* الإتجاه الأول :

لا يمكن تحرير عقد شهرة على عقار خضع لعملية المسح ، لأن ذلك يتعارض مع مبدأ القوة الثبوتية المطلقة للقيد ، و هذا ما تبنته الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في القرار رقم 129.947 مؤرخ في 1998/03/09 غير منشور « الإجراءات المنصوص عليها في المرسوم رقم 352/83 يستبعد تطبيقها أمام وجود سند رسمي و مشهر للعقار موضوع النزاع بالمحافظة العقارية بقسنطينة بتاريخ 1998/06/03 » .

(1) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر ، محررات شهر الحيازة ، المرجع السابق ، ص 50 و 51 .

*** الإتجاه الثاني :**

ما دامت الحيابة سبب من أسباب كسب الملكية ، يحق للحائز أن يتمسك بها ، أي بملكية العقار محل عقد الشهرة في مواجهة الكافة بما فيهم المالك الأصلي و لو كان سند هذا الأخير رسمي و مشهر .

و قد كرسست الغرفة المدنية للمحكمة العليا هذا الاتجاه باصدارها قرارات ، أقرت بموجبها مبدأ التقادم المكسب دون تمييز بين العقارات المملوكة سواء بسند رسمي ، عرفي مشهر ، أو ليس له مالك ، و هذا القضاء لا يعد اجتهدا و إنما تطبيقا للقانون ⁽¹⁾ و هذا ما أكدته الغرفة العقارية للمحكمة العليا ⁽²⁾ .

ب-الجهة المختصة بالطعن في عقد الشهرة : و هنا نميز بين حالتين :

ب1) الطعن المقدم من قبل أشخاص القانون الخاص :

ينعقد الاختصاص للقاضي المكلف بالقسم العقاري بالمحكمة الكائن بدائرة اختصاصها العقار موضوع طلب عقد الشهرة حسب المادة 8ق إ م ، كما يجب شهر الدعوى الرامية إلى الطعن في عقد الشهرة بالمحافظة العقارية حتى تكون مقبولة ⁽³⁾ ، طبقا لقرار الغرفة العقارية بالمحكمة العليا رقم 186606 مؤرخ 1999/03/24 غير منشور .

ب2) الطعن المقدم من قبل أشخاص القانون العام :

- الطعن المقدم من قبل الإدارة سواء بالبلدية ، مديرية أملاك الدولة
- يكون الاختصاص للقضاء العادي فيما يخص العقود التوثيقية ، لأنها ليست بعقود أو قرارات إدارية.

- يكون الاختصاص للقضاء الإداري طبقا للمادة 07ق.إ.م ، أي مخاصمة إدارية و بالتالي إختصاص القاضي الإداري .

(1) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر ، مبادئ القضاء العقاري ، دار العلوم ط1 . 2000، ص89 وما بعدها

(2) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر ، محررات شهر الحيازة ، المرجع السابق ، ص81

(3) و يكون ذلك إما : - شهادة تسلم من قبل المحافظة العقارية

- التأشير أسفل العريضة على قيام الاشهار

الرأي الراجح :

رغم وجود نص قانوني إلا أن القاضي العادي هو المؤهل قانونا لمراقبة مدى صحة و شرعية العقود التوثيقية ، و هذا ما أكدته الغرفة الثانية لمجلس الدولة في قرارها 193/141 مؤرخ في 2000/05/08 غير منشور⁽¹⁾ .

إلا أنه توجد مسألة وحيدة ينعقد فيها الاختصاص للقاضي الإداري و هي مسألة الطعن في القرار الإداري الصادر عن المحافظ العقاري برفض إشهار عقد الشهرة ، و في هذه الحالة وحسب المعيار العضوي للمادة 7ق.إ.م. نلجأ للغرفة الإدارية باعتبار المحافظ العقاري طرفا في الخصومة يشكل سلطة ولائية⁽²⁾ .

خامسا : شهادة الحيازة

نظرا لاتساع مساحة الأراضي التي لم تشملها بعد عملية المسح العقاري ، و مشكل النزوح الريفي ، و تشجيعا للمواطنين الحائزين على شهادة معينة الحصول على قروض من البنوك سعى المشرع الجزائري لإيجاد الحل بإصدار المرسوم التنفيذي رقم 254/91 مؤرخ في 1991/07/27 ، المتضمن كيفية إعداد شهادة الحيازة و تسليمها .

1- تعريف شهادة الحيازة :

« هي شبه عقد أو مقرر إداري يكتسي طابعا رسميا ، فهي مقرر رسمي يثبت للحائز حق الحيازة على العقار و محل الشهادة ، بعد إتمام إجراءات تسجيلها و شهرها »⁽³⁾ و هي لا ترقى إلى سند الملكية ، بل يمكن أن تكون سندا قويا لاكتساب الملكية عن طريق التقادم المكسب ، وفقا للإجراءات السارية المفعول .

2- شروط الحصول عليها :

- أن تكون أرض من نوع الملك الخاص و بالتالي استبعاد الأملاك الوقفية و الأملاك الوطنية .

(1) قرار مشار إليه في مؤلف ، حمدي باشا عمر ، محررات شهر الحيازة . ص

(2) راجع في ذلك : المرسوم التنفيذي رقم 65/91 ، مؤرخ في 1991/03/02 المتضمن تنظيم المصالح الخارجية لأمالك الدولة و الحفظ العقاري .

(3) راجع في ذلك : عبد الحفيظ بن عبيدة ، المرجع السابق ، ص 133.

- أن يقع العقار في منطقة غير ممسوحة ⁽¹⁾ .
- أن يكون العقر ليس له سند يثبت ملكيته ، أي في أراضي لم تحرر عقودها .
- أن يكون طالب شهادة الحيازة حائز بمفهوم المادة 413 ق.إ.م طبقا لنص المادة 2 من المرسوم 254/91 سالف الذكر
- أن تكون الحيازة صحيحة بتوافر ركنيها المادي و المعنوي .
- أن تكون هادئة ، علنية ، لا تشوبها شبهة ⁽²⁾ ، خالية من عيوب الإكراه ، الخفاء ، اللبس و غير عرضية ⁽³⁾ .
- فيما يخص المدة ، الأصل أن تستمر الحيازة مدة 15 سنة ، إلا أن هذه المدة غير ملائمة لمتطلبات تنمية الفلاحة و البناء ⁽⁴⁾ لذا ارتأى المشرع إلى تقصير هذه المدة إلى سنة حسب المادة 2 من المرسوم التنفيذي 254/91 .

3- مراحل و إجراءات تسليم شهادة الحيازة :

- 1- تقديم طلب للحصول على شهادة الحيازة إلى رئيس البلدية ⁽⁵⁾ المادة 40 ق. 161 و 25/90 من مرسوم 84/91 .
- 2- التحقيق و التحري و هي مرحلة إدارية ؛ لذا يقوم بها رئيس المجلس الشعبي البلدي بفتح سجل خاص بشهادات الحيازة و يوقع عليه رئيس المحكمة المختص محليا ، يسجل فيه تاريخ إيداع العرائض مراعيًا التسلسل الزمني ، ثم بعد ذلك نشر ملخص العريضة خلال خمسة عشر يوما الموالية لتاريخ إيداع العريضة من قبل المواطن المعني بمدة شهرين عن طريق اللصق بمقر البلدية ، و كل شخص لديه اعتراضات على طلب شهادة الحيازة يقدم بطلب اعتراضا كتابيا لرئيس المجلس الشعبي البلدي خلال شهرين اعتبارا من مدة اللصق ⁽⁶⁾ .

(1) راجع في ذلك : إسماعين شامة ، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري ، دار هومة ، 2003 ، ص 58

(2) راجع في ذلك : إسماعين شامة ، المرجع السابق ، ص 58

(3) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر ، محررات شهر الحيازة ، المرجع السابق ، ص

(4) لأن السلطات العمومية تهدف إلى إعطاء الفلاحة و البناء دفعا خاصا ، و لأن هذه المدة تشكل عائقا كبيرا أمام المواطنين المعنيين بالقيام ببعض أعمال التسيير التي تحسن قيمة أملاكهم .

(5) إن قيام الموثقين بإعداد هذه الشهادة يعد عمل غير قانوني يخرج من دائرة إختصاصهم .

(6) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر محررات شهر الحيازة ، المرجع السابق ، ص 140 .

3- طلب رأي مدير أملاك الدولة و الشؤون العقارية من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي بموجب التماس خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إيداع العريضة من رئيس مصلحة الأملاك الوطنية ، و حتى يتأكد من أن العقار المعني بشهادة الحيازة ليس ملكا للدولة أو الولاية ، وكذلك ليس موضوع سند ملكية مشهر ⁽¹⁾ . و يجب على رئيس مصلحة الأملاك الوطنية أن يطلع رئيس البلدية بالوضعية المطلوبة للعقار طبقا للمادة 11 مرسوم 254/91 في أجل شهرين من إخطاره بذلك .

4- تسليم شهادة الحيازة بعد شهرها بالمحافظة العقارية :

في حالة عدم تقديم أي اعتراض طبقا للمادة 12 مرسوم 254/91 سواء من الأشخاص الخواص أو من قبل رئيس مصلحة الأملاك الوطنية بالولاية ، يحرر رئيس المجلس الشعبي البلدي محضر خلال ثمانية أيام تلي انقضاء الآجال المحددة في المادتين 10 و 11 من مرسوم 254/91 . يسمى بمحضر عدم الاعتراض و عليه يقوم بإعداد شهادة الحيازة وفق النموذج بالمرسوم 254/91 و يسلمها بعده .

أ- تسجيلها :

يتم تسجيل شهادة الحيازة بمصلحة التسجيل و الطابع بمفتشية الضرائب لتحصيل الدولة الجانب الضريبي لصالح الخزينة العمومية ، و تخضع هذه الأخيرة لرسم ثابت بمبلغ 500دج حسب المادة 39 ف4 من الأمر 31/96 المتضمن قانون المالية لسنة 1997 .

ب- شهرها :

تودع الوثيقة في نسختين على مستوى المحافظة العقارية المختصة إقليميا من أجل إتمام إجراءات الشهر . حيث تشهر بمجموع البطاقات العقارية التي تمسك على الشكل الشخصي طبقا للمادة 113 و 114 مرسوم 63/76 متعلق بالسجل العقاري .

(1) راجع في ذلك : المذكرة الصادرة عن الأملاك الوطنية تحت رقم 4123 بتاريخ 1991/10/14 ، التي أوضحت أسباب تأسيس شهادة الحيازة ، و كيفية إعدادها و شهرها و الآثار المترتبة عليها، ص 101.

5- آثار تسليم شهادة الحيازة :

ترتب شهادة الحيازة للحصول عليها ، جملة من الآثار نوجزها فيما يلي :

(1) شهادة الحيازة شهادة إسمية :

أي أن شخص طالبها محل اعتبار فإذا توفي الحاصل عليها ، يكون أمام ورثته مهلة سنة ، تسري ابتداء من تاريخ الوفاة لطلب تسليمهم شهادة حيازة جديدة باسمهم ⁽¹⁾ ، علما أن شهادة الحيازة الجديدة تعد على أساس فريضة ، و تسلم إلى المستفيدين بعد تسجيلها لدى مصلحة التسجيل و الطابع و شهرها في المحافظة العقارية .

و يترتب على عدم طلب هذه الشهادة خلال المهلة القانونية إلغائها بقوة القانون ⁽²⁾ .

(2) يصبح الحائز واضع يده على العقار بموجب سند ⁽³⁾ ومع ذلك فالمادة 831 ق.مدني لا تطبق عليه ، فقد نصت المادة 14 ف2 مرسوم تنفيذي 254/91 على أنه يجوز لصاحب شهادة الحيازة إثارة مدة التقادم المكسب أثناء تصفية الوضعية القانونية للعقارات في إطار عملية المسح العقاري ، ليكرس كمالك بتسلمه الدفتر العقاري

(3) يستطيع الحاصل عليها أن يطالب برخصة بناء أو رخصة تجزئة ⁽⁴⁾ طبقا للمادة 43 قانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري و بالرغم من أن المادة 50 من قانون التهيئة و التعمير رقم 29/90 المؤرخ في 1990/12/01 نص على أن حق البناء مرتبط بملكية الأرض

(4) يمكن للحائز كذلك أن يوقع رهنا عقاريا ⁽⁵⁾ صحيحا من الدرجة الأولى لفائدة هيئات القرض ، لضمان القروض المقدمة له في إطار البناء أو الاستثمار ، سواء كانت قروضا متوسطة أو طويلة الأمد ⁽⁶⁾ .

(1) راجع في ذلك : مجيد خلفوني ، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري الديوان الوطني للأشغال التربوية ط 2003، ص 92

(2) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري ، المرجع السابق ، ص 84

(3) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر و ليلى زروقي : المرجع السابق ، ص 80

(4) راجع في ذلك : اسماعين ضامة ، المرجع السابق ، ص 64 .

(5) راجع في ذلك : عبد الحفيظ بن عبيدة ، المرجع السابق ، ص 138 .

(6) رغم أن المادة 884 ق.مدني تشترط في الراهن أن يكون مالكا للعقار المرهون فالحائز هنا يعمل كذلك معاملة المالك .

(5) لا يمكن إيقاف حالة الشبوع إلا إذا كان العقار قابلاً للقسمة العينية ، أما إذا استحالت القسمة العينية و فإن الشبوع يبقى إجبارياً نظراً لكون نقل الحقوق غير مسموح به في ظل المرسوم 254/91 وعليه لا يجوز البيع بالمزاد العلني حتى للشريك .

(6) شهادة غير قابلة للتصرف فيها ، و نقصد بالتصرف هنا البيع و هذا ما أكدته المادة 42 من قانون التوجيه العقاري : « شهادة الحيازة إسمية ، لا يجوز بيعها لأن صاحبها يعد مجرد حائز ليس إلا » .

(7) شهادة لا تغير من الوضعية القانونية للعقار ، فيما عدا منع نقل الملكية للغير بمقابل أو عن طريق التبرع ، و لذلك يحق للحاصل على شهادة الحيازة أن يتصرف في العقار تصرف المالك الحقيقي ما لم يقرر القضاء بخلاف ذلك المادة 43/ف2 قانون 25/90⁽¹⁾ .

6- المنازعات التي تثور حول شهادة الحيازة :

يتمتع الحاصل على شهادة الحيازة بحق الاستعمال ، الاستغلال ، إضافة إلى بعض التصرفات التي لا تثبت إلا المالك عدا البيع و الهبة و الإرث و الوصية و المقايضة و هي تصرفات ناقلة للملكية و للحقوق العينية الأخرى ، لذا فهي ترتب آثار هامة و خطيرة في نفس الوقت تجعل من المالك الحقيقي إذا ظهر و حصل على إلغاء شهادة الحيازة بموجب دعوى الاستحقاق ملزماً بالتصرفات التي قام بها الحائز في حدود صلاحياته ، من رهن ، إيجار ، بناء ،... إلخ .

أ- الطعون التي يختص بها القضاء العادي :

أي القاضي العقاري فيما يخص التصرفات الصادرة من الحائز⁽²⁾ لشهادة الحيازة و التي ينازع فيها الغير ، ممن يحكمهم القانون الخاص ، و كذلك الدعوى التي يرفعها الحائز لأجل اكتساب الملكية عن طريق التقدم المكسب طبقاً لأحكام القانون المدني ، إذا توفرت المدة المطلوبة و قبل أن يشمل المسح المنطقة التي يوجد بها العقار .

(1)، (2) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر : محررات شهر الحيازة ، المرجع السابق ، ص 154 .

(ب) - الطعون التي يختص بها القضاء الإداري :

ترفع في هذه الحالة دعوى الإلغاء " تجاوز السلطة " ممن له مصلحة وصفة لخرق القانون من طرف رئيس البلدية أو المحافظ العقاري ، إذا كان المالك مستند في دعواه إلى سند مشهر و يكون الطعن مرفوعا أمام الغرفة الإدارية المحلية لدى المجلس القضائي⁽¹⁾ كما يمكن مطالبة رئيس البلدية بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بالمالك إذا كان هو المتسبب في الضرر ، وكذا يمكن رفع الدعوى أمام المحافظ العقاري طبقا لأحكام المادتين 23 و 24 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، إذا ثبت خطأ هذا الأخير .

(ج) - دعوى جزائية :

طبقا للمادة 46 من قانون التوجيه العقاري⁽²⁾ و ذلك بناء على شكوى يرفعها المالك الحقيقي أو رئيس البلدية ، أو مدير أملاك الدولة ضد المناور الذي انتهج طرق احتيالية للحصول على شهادة الحيازة ، و في حالة ثبتت إدانته يفقد كل حقوقه ، مع إمكانية متابعة الجاني حتى في غياب الشكوى إذا بادرت النيابة بذلك .

الفرع الثاني :

إثبات الملكية العقارية

في المناطق التي شملتها عملية المسح

بعد الانتهاء من عملية المسح المستحدثة بموجب الأمر 74/75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، تعدّ ثلاث نسخ من وثائق المسح و تسلم إلى :
a مقر البلدية المعنية للمعaine من طرف الجمهور تحت مسؤولية رئيس المجلس الشعبي البلدي

(1) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر و ليلي زروقي : المرجع السابق ص 82 .

(2) راجع في ذلك : المرجع السابق ، ص 82 .

- α تودع بالمحافظة العقارية لتأسيس السجل العقاري .
- α تحفظ بمصلحة المسح للمعينة ، و تكون في متناول أعوان المسح و الهيئات العمومية ، و كذلك الخواص .
- و حتى يتمكن المحافظ العقاري من القيام بالإجراء الأول في السجل العقاري ، يجب إيداع وثائق المسح بالمحافظة العقارية و مراعاة الأحكام التنظيمية الجديدة ⁽¹⁾ .

أولاً : الإجراء الأول في السجل العقاري :

لقد جاء المشرع الجزائري بالأمر 74/75 في إطار إعادة تنظيم الملكية العقارية و بعث الاستقرار فيها وفقاً لما تقتضيه التنظيمات العقارية .

ولذلك فقد عرّفت المادة 3 من الأمر 74/75 السجل العقاري بأنه : هو الذي يضبط الوضعية القانونية للعقارات و يبين الحقوق العينية العقارية ، و السجل العقاري هو المرآة العاكسة لكل عقار و التغيرات التي تطرأ عليه مهما كان نوعها و الذي من خلاله تبنى المشرع نظام الشهر العيني بدل الشخصي .

I- إيداع وثائق المسح بالمحافظة العقارية :

الإيداع إجراء قانوني أولي لازم في كل عملية شهر له آجال قانونية ، يجب احترامها ⁽²⁾ و تتم هذه العملية على مستوى المحافظة العقارية المختصة إقليمياً ، و الضبط لدى قسم الإيداع و عمليات المحاسبة ⁽³⁾ ، ويتم ذلك وفقاً للخطوات التالية :

أ- تحرير محضر التسليم :

بعد إيداع الوثائق بالمحافظة العقارية ، يلعب المحافظ العقاري دوراً مهماً في مراقبة الوثائق المودعة أو العقود المراد شهرها ⁽⁴⁾ ، خلال المراقبة القانونية التي يقوم بها المحافظ العقاري

(1) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر و ليلي زروقي ، المنازعات العقارية ، المرجع السابق ، ص 348 .

(2) راجع في ذلك : خالد رامول ، المرجع السابق ، ص 101

(3) لمزيد من المعلومات راجع المادة 04 من القرار المؤرخ في 1991/06/04 ، و المتضمن التنظيم الداخلي لمفتشيات أملاك الدولة و المحافظات العقارية ، الجريدة الرسمية 38 مؤرخة في 1999/08/14 ، ص 1233 .

(4) أنظر في ذلك : intervention de maître louis payette- le rôle du conservateur foncier

مجلة الموثق ، جويلية 2002 ، عدد 07 ، ص 50

للملف ، يجري مقارنة بين الوثائق الموجودة في المحافظة ووثائق المسح .
في حالة عدم وجود تناقضات و استقاء ملف الإيداع لكامل الوثائق يقوم المحافظ العقاري
بتحرير محضر تسليم حسب ما نصت عليه المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 123/93⁽¹⁾
و يترتب عن هذا المحضر الآثار التالية :
- من تاريخ إمضائه تصبح الترقيمات العقارية نافذة .
- يستوجب فتح فهرس متسلسل تاريخيا لتسهيل تدوين و متابعة التواريخ المشار إليها في هذه
الوثائق⁽²⁾ .
- يجب أن يكون محضر التسليم موضوع إشهارها بكل الوسائل خلال ثمانية أيام ابتداء من
تاريخ تسلم وثائق المسح .
و الهدف من هذا الإشهار هو حضور المالكين و أصحاب الحقوق العينية العقارية إلى
المحافظة العقارية ، وذلك لتسليمهم حسب الحالة الدفتر العقاري و شهادة الترقيم المؤقتة ، و
فتح مجال الاحتجاجات لمن لهم مصلحة .
و بعد إمضاء المحافظ العقاري على محضر التسليم تحرر نسختين، حيث ترسل نسخة إلى
مديرية مسح الأراضي و المديریات الأخرى ، و النسخة الأخرى تحفظ لدى المحافظة
العقارية .

ب- إيداع الجدول الخاص بالإجراء الأول :

يتعين على كل مالك أن يودع لدى المحافظة العقارية جدولاً و حسب ما نصت عليه
المادة 13⁽³⁾ من الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي
العام و تأسيس السجل العقاري ، حتى يسلم له الدفتر العقاري مع إمكانية إعداد هذا الجدول
بمساعدة مصالح المحافظة العقارية .

(1) راجع في ذلك : المرسوم التنفيذي رقم 93-123 المؤرخ في 1993/05/19 المعدل و المتمم للمرسوم رقم 63/76 ،
الجريدة الرسمية العدد 34 ، المؤرخة في 1993/05/23 .

(2) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر و ليلي زروقي ، المنازعات العقارية ، ص 349 .

(3) المادة 13 من الأمر 74/75 : « يجب على المعنيين أن يودعوا لزوماً من أجل تأسيس مجموعة البطاقات العقارية
لدى المحافظة العقارية لدى المصلحة المكلفة بالسجل العقاري جدولاً محرراً على نسختين » .

و هذا عندما يتقدم المالك المعني لطلب الوثائق المتعلقة بحقوقه في العقارات التي يطالب بملكيته .

و تجدر الإشارة إلى أن المحافظ العقاري غير ملزم بانتظار تسليمه الجدول للبدء في الإجراء الأول في دفتر العقاري لأنه في ظل النظام الجديد للإجراءات فإن الترقيمات العقارية تبنى على قاعدة العناصر الموجودة في وثائق المسح .

2- كيفية الترقيم المؤقت و النهائي :

بمجرد تسلم المحافظة العقارية لوثائق المسح ، يشرع بالترقيمات العقارية ، مع العلم بأن الطبيعة القانونية للعقارات لا تكون مقررة لأن التحولات العقارية يمكنها أن تحدث قبل الشروع في الترقيم بالسجل العقاري .

يتم هذا الترقيم على مستوى قسم ترقيم العقارات الممسوحة نظرا للأهمية التي يختص بها هذا القسم خاصة و أن الجزائر بصدد مسح أراضيها ⁽¹⁾ .

و يكون أساس هذا الترقيم المعلومات المدرجة في البطاقة العقارية النموذج T10 و التي تحتوي على كل المعلومات الضرورية للعقار ⁽²⁾ ، ودراسة هذه الوثيقة يمكن أن يبين إحدى الحالات التالية :

- α عقار بسند
- α عقار بدون سند لكنه محل الحيابة يتمكن بموجبها المالك الظاهر من خلال مدتها أن يكتسب حق الملكية بالتقادم المكسب .
- α عقار بدون سند ، ولا يوجد أي عنصر يسمح للمحافظ العقاري بتحديد وجود حقوق عينية لصالح المالك الظاهر .
- α العقارات المحقق طبيعتها لم تكن موضوع مطالبة من أي شخص كان و عليه بناءا على هذه الحالات تتم عملية الترقيم ليكون :

(1) راجع في ذلك : خالد رامول ، المرجع السابق ، ص94

(2) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر و ليلي زروقي ، المرجع السابق ، ص 350

أ- الترقيم المؤقت :

و يكون في حالة العقارات التي ليس لمالكيها سندات ملكية قانونية ، أي تستند فقط إلى واقعة مادية ، كما هو الحال بالنسبة للحيازة التي تعد سببا من أسباب كسب الملكية عن طريق التقادم ، و كل هذا مبين في وثائق المسح حسب المادة 12 من المرسوم التنفيذي 93-123 ، وهذا الترقيم نوعان :

أ1- الترقيم المؤقت لمدة أربعة أشهر :

ابتداءً من يوم إمضاء محضر التسليم ، و ترقم العقارات التي ليس لمالكيها الظاهرين سند يثبت ملكيتهم ، بل حائز له و عليه تشهر شهادة حيازة على أن تصفى الوضعية القانونية للعقار بعد مرور أربعة أشهر دون تقديم أي إعتراض ⁽¹⁾ طبقاً لما نصت عليه المادة 13 مرسوم 123/93 .

كما في حالة ما إذا أشارت وثائق المسح إلى وجود حيازة ذات مدة تسمح بتملك العقار عن طريق التقادم المكسب .
و في حالة انقضاء المدة و لم يكن هناك أي اعتراض يصبح الترقيم نهائياً .

أ2- الترقيم المؤقت لمدة سنتين :

دائماً ابتداءً من يوم إمضاء محضر التسليم ، و يتعلق الأمر هنا بالأشخاص الذين ليس لهم عناصر (واقعة مادية) ، أو سندات تحقيق كافية لتحديد الطبيعة القانونية من طرف المحافظ العقاري ، و عليه يتم ترقيم العقار لمدة سنتين تبدأ من تاريخ تسليم وثائق المسح ⁽²⁾ . و بعد انقضاء هذه المدة دون وجود إعتراضات يصبح الترقيم نهائياً ، إلا إذا ظهرت خلالها وقائع جديدة تزيل الشك على طبيعة العقار و ملكيته المادة 14 مرسوم 123/93 .
و تجدر الإشارة إلى أنه كان على المشرع الجزائري ، ذكر عبارة سندات كافية في حالة الترقيم المؤقت لمدة أربعة أشهر و العكس .

(1) راجع في ذلك : اسماعين شامة ، المرجع السابق ، ص 115

(2) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر و ليلي زروقي ، المرجع السابق ، ص 352

*** ملاحظات :**

- خلال الترقيم المؤقت لا يمكن أن يمنح الدفتر العقاري للمعنيين ، لأنه سند ملكية لا يسلم إلا للأشخاص الذين اعترف لهم بأحقيتهم في الملكية .
- خلال عدم وجود ما يمس الملكية خلال المدينين المقررتين ، يكون على المحافظ العقاري أن يسلم الدفتر العقاري للمالك المعترف به .
- ب- الترقيم النهائي :

إذا كان السند القانوني لا يترك مجالاً للشك في ملكية العقار المحقق فيه ، يسلم عند الترقيم النهائي الدفتر العقاري للمالك المعترف بهم سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو أشخاصاً معنوية عمومية (الدولة ، البلدية ، الولاية ، المؤسسات العمومية) .

أن هذا الترقيم يعطي للمالك الحق في طلب الدفتر العقاري الذي يعد بمثابة سند ملكية قانوني ووحيد ⁽¹⁾ ، فالترقيم النهائي يكتسي قوة إثباتية كبيرة هي نفس القوة الإثباتية للعقد الرسمي ، ولا يمكن إعادة النظر فيه إلا عن طريق القضاء ⁽²⁾ .

*** في حالة الشروع :**

يعد دفتر عقاري واحد يحتفظ به في المحافظة العقارية أو يتفق المالكين في الشروع فيما بينهم لتعيين وكيل منهم قصد سحب الدفتر من المحافظة ، كما ينقل المحافظ العقاري في حالة هذا الترقيم إجبارياً في السجل العقاري قيود الامتيازات ، الرهون ، حقوق التخصيص غير المشطوبة و التي لم تنقضى مدة صلاحيتها .

3- الاحتجاجات :

الاحتجاجات لا تكون إلا في الترقيم المؤقت فقط ، ويسجل الاحتجاج برسالة موصى عليها من المحتج إلى المحافظ العقاري و إلى الطرف الخصم المادة 15 من مرسوم 123/93 ⁽³⁾ مثلاً :

(1) راجع في ذلك : إسماعين شامة المرجع السابق ، 116

(2) راجع في ذلك : الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء 1 قسم الوثائق 2004 ، ص 22

(3) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر ، مجمع النصوص التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالعقار ، ص .

- في حالة عقد عرفي أو عقار مملوك للورثة ، و أتى شخص منهم وباع باسمه كامل العقار .
- يقيد الاحتجاج في سجل خاص بالاحتجاجات لدى المحافظة العقارية ، و تكون الاحتجاجات على الذين يدعون الحقوق العينية على العقارات الممسوحة .
- على المحافظ العقاري أن يولي أهمية بالغة لآجال قبول الاعتراضات .
- في حالة أصبح الترقيم نهائيا يرفض الاحتجاج كونه صار خارج الآجال القانونية .
- في حالة كون الاعتراضات في الأجل ، يقوم المحافظ العقاري بجمع الأطراف المتنازعة لإجراء محاولة المصالحة ، و تدرج نتائج المحاولة في محضر مصالحة ⁽¹⁾ .

* حالة محاولة الصلح الناجحة :

في حالة ما إذا اتفق الأطراف على أن الوقائع المثارة تعكس فعلا الوضع القانوني للعقارات المعنية بالترقيم ، يحرر محضر صلح ، هذا الأخير له قوة الإلزام الخاص على أن يكون الإشهار في السجل العقاري للعناصر المتخاصمة أثناء الأجراء خالية من أي عيب ، و يمكن أن تكون نتيجة عقد و الصلح تغيير للعناصر المحتواة في وثائق المسح . هنا على المحافظ العقاري تبليغ نسخة من محضر المصالحة لمصالح مسح الأراضي ، حسب المادة 15 ف2 من مرسوم 1213/93 ⁽²⁾ .

* حالة فشل الصلح :

- إذا كانت محاولة الصلح بين الأطراف عديمة الجدوى ، يحرر المحافظ العقاري محضر عدم المصالحة ، و يبلغه للأطراف بكل تفاصيله مع ذكر التسبب حسب ما تنص عليه المادة 15 ف3 من مرسوم 123/93 .

- للطرف المدعي مهلة ستة أشهر ابتداء من تاريخ التبليغ لرفع دعوى قضائية و تبليغها إلى المحافظ العقاري في نفس المهلة ، و الملزم بتعليق عملية الترقيم إلى غاية صدور حكم أو قرار قضائي حائز قوة الشيء المقضي فيه .

(1) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر و ليلي زروقي ، المرجع السابق ، ص 353

(2) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر ، مجمع النصوص التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالعقار ، ص

مع العلم أنه في حالة عدم تلقي المحفظ العقاري خلال ستة أشهر أي تبليغ لعريضة رفع الدعوى القضائية ، عليه إتمام ترقيم العقار في السجل العقاري .
و تجدر الإشارة إلى أنه لا يمكن إعادة النظر في الترقيم النهائي إلا عن طريق القضاء و المادة 16 من مرسوم 123/93 .

ثانيا : تنفيذ إجراء الشهر العقاري :

يعتبر الدفتر العقاري سنداً قانونياً ذو حجية قوية تقيد فيه جميع الحقوق العقارية ، و ما يرد عليها من تصرفات بالنسبة للعقارات الواقعة في المناطق الممسوحة لذا يتعين على المحافظ العقاري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإيداع أن يبلغ الموقع على التصديق برفض الإيداع في حالة عدم احترام شروطه و إجراءاته ، أو قبول الإيداع و بالتالي إجراء الشهر العقاري على الوثيقة المودعة ⁽¹⁾ ، و يسلم الدفتر العقاري لكل مالك يكون حقه قائم بمناسبة إنشاء البطاقات العقارية ، علماً أنه قد تم تحديد نموذج خاص بها بموجب قرار مؤرخ في 1976/05/27 ⁽²⁾ .

1- التأشير على البطاقات العقارية :

إن كل وثيقة تشهر بالمحافظة العقارية تتبعها عملية التأشير و القيد في مجموع البطاقات العقارية ، غير أنه إذا مس الإجراء المتعلق بالشهر العقاري عقار ممسوحاً ، فلا بد أن يودع الدفتر العقاري في نفس اليوم الذي تودع فيه الوثيقة المتطلبة من أجل الإجراء ، و عليه يجب على المحافظ العقاري هنا أن يقوم بالتأشير على الدفتر قبل رده إلى المودع ، علماً أن عملية التأشير تختلف باختلاف نوع البطاقات العقارية المتطلبة في إجراء القيد .

أ - كيفية ترتيب البطاقات و التأشير عليها :

يتكون السجل العقاري من مجموع البطاقات العقارية ⁽³⁾ ، و الممسوحة في شكل فردي الشيء الذي يفسر إختلاف البطاقات باختلاف موقع العقار موضوع التصرف .

(1) راجع في ذلك : Gabriel Marty , pierre Reynaud "Les Sûretés De La Publicité Foncière Op.Cit P 396

(2) القرار يتعلق بتحديد نموذج البطاقات الشخصية المستعملة من قبل المحافظات العقارية ، خالد رامول ، المرجع السابق ص 115 .

(3) يقابل لفظ البطاقة في التشريع الجزائري ، الصحيفة العينية في التشريعات المقارنة .

حيث نصت المادة 20 من مرسوم 63/76 على أنه : « البطاقات العقارية تتضمن بالنسبة لكل بلدية تابعة لاختصاص المحافظة العقارية بطاقة قطع الأراضي ، بطاقات العقارات الحضرية » ، مما يوضح وجود نوعين من البطاقات ، على المحافظ العقاري أن يراعي كل نوع في عملية الترتيب .

أ1- بطاقة قطع الأراضي :

ترتب ضمن مجموعة متميزة حسب كل بلدية و حسب الترتيب الأبجدي للأقسام ⁽¹⁾ ، و كل قسم يرتب حسب الترتيب التصاعدي لأرقام مخطط مسح الأراضي ⁽²⁾ .

أ2- بطاقة الملكية الخاصة بالعقارات الحضرية: فنميز بين نوعين هما :

◊ بطاقة عامة : تنشأ لتشمل كافة البيانات و الإجراءات و التصرفات الواردة على

مجموع أجزاء العقار ، و يؤشر على هذه البطاقة عند اقتضاء التجزئة أو التقسيم للعقار ⁽³⁾

◊ بطاقة خاصة بالملكية المشتركة : تنشأ لتشمل كل جزء منقسم من العقار الكلي أو

الجماعي المملوك بهذه الصفة .

علما أن عملية ترتيب البطاقات تتم تبعا لترتيب البطاقة العامة المطابقة ، و حسب الترتيب العادي للقطع ، و هذا ما أشارت إليه الفقرة الأخيرة من المادة 32 من مرسوم 63/76 في انتظار تعميم عملية المسح على كامل التراب الوطني ، و بالتالي فترتب البطاقات كالتالي :

حسب كل مجموعة متخذين البلدية أولا كأساس للتجميع ، ثم الشوارع و الأرقام ، وفي حالات وجود المسح العقاري ، حسب القسم ورقم مخطط مسح الأراضي .

و في هذا أورد المشرع الجزائري حكما انتقاليا مفاده ضرورة مسك بطاقات عقارية مؤقتة ، تخص العقارات الريفية غير الممسوحة ، و تفهرس مستخرجات و ثائق المسح في بطاقات خاصة حسب كل مالك ، حيث صدر في هذا الإطار القرار المؤرخ في:

1976/05/27 المتعلق بتحديد نموذج البطاقات الشخصية المستعمل من قبل المحافظات

العقارية .

(1) راجع في ذلك : خالد رامول ، المرجع السابق ، ص 114

(2) راجع المادة 26 من المرسوم 63/76 السابق الذكر

(3) راجع في ذلك : حسن طوايبي ، المرجع السابق ، ص 64 .

و قد أورد المشرع حكماً آخر مفاده أنه بعد إتمام عملية المسح في كل بلدية يحل السجل العقاري محل مجموعة البطاقات العقارية المؤقتة بالمعدة طبقاً لأحكام هذا المرسوم : « يحل محل مجموعة البطاقات العقارية المؤقتة المشار إليها في المادة 113 بمجرد إعداد مسح الأراضي » و ترتيب البطاقات العقارية بهذه الطريقة الدقيقة يزيد و يقوي من مزايا نظام الشهر العيني ، لأنه يسهل عملية البحث عن المالك الحقيقي للعقار ، وكذا معرفة الوضعية القانونية لكل عقار و حدة عقارية .

لا بدّ أن يظهر في كل عملية تأشير ⁽¹⁾ تاريخ الإشهار ومراجعته ، و التأشيرات يجب أن تحرر بكيفية واضحة و مقروءة بالحبر الأسود الذي لا يمحي مع ضرورة استعمال المختصرات الجارية في قيد المعلومات ، واستعمال الأختام ، والأرقام المؤرخة ، مع تفادي الكشط أو المحو الذي يؤثر على المظهر الخارجي للبطاقة .

عملية التأشير يمكن أن تكون عرضة للعديد من الأخطاء المادية المنسوبة لأعوان المحافظة العقارية المكلفين بهذه العملية ، إلا أنه يمكن تصحيحها إما :

- بمبادرة من المحافظ العقاري

- بناء على طلب الحائز للسجل العقاري الذي اكتشف الخطأ المادي

و يشترط للقيام بالتصحيحات أن تكون الأخطاء المسجلة أخطاء مادية بعيدة عن تواطؤ الأعوان و غشهم ، لأنه في حالة ثبوت ذلك يجوز للمتضرر أن يلجأ إلى العدالة مطالباً بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب ذلك .

و تجدر الإشارة إلى أن عملية التصحيح تتم بتاريخها مع الاحتفاظ بالتأشيرات الخاطئة بصورتها الحقيقية على البطاقات العقارية ، المادة 33 من المرسوم 63/76 .

2- التأشير على الدفتر العقاري :

إن كل إنشاء أو تعديل أو إلغاء لحق الملكية ينتج عنه ضبط جديد للدفتر العقاري ⁽²⁾ و الذي يودعه المالك السابق ، و يتسلمه المالك الجديد من المحافظة العقارية المختصة .

(1) يقصد بالتأشير تدوين بيانات معينة تخص العقار ، و لا يقصد به التأشير الهامشي المعروف في ظل نظام الشهر الشخصي ، لأنه لا وجود للهامش في البطاقة العقارية ، و إنما هي تتكون من مجموع جداول .

(2) الدفتر العقاري هو نسخة طبق الأصل للبطاقة العقارية ، يسلم للمالك بعد إجراء عملية المسح ، راجع المراء من 45 إلى 54 من المرسوم 63/76 ، المتعلق بتأسيس السجل العقاري

فيما يتعلق بكيفيات التأشير حددتها المادة 45 من المرسوم 63/76 ، و ألزمت أن تكون واضحة و مقروءة بالحبر الأسود الذي لا يمحي ، و في حالة وجود خطأ مادي ، يتعين على الأعوان الابتعاد عن الكشط و التشطيب كذلك القيام بعملية التصحيحات عن طريق الإحالات التي لابدّ على المحافظ العقاري أن يعاينها و يشهد بصحتها .
و لوضوح عملية التأشير و ابتعادها عن اللبس ألزم المشرع أن :

α تكون كتابة الأسماء العائلية بالأحرف الكبيرة و الأسماء الشخصية بالأحرف الصغيرة و ذلك على الخانة المخصصة لها .

α للتأكد من الجداول المقيمة عليها المعلومات سواء تعلّق الأمر بتعيين الأطراف أو العقار التي لا بدّ أن تكون مرقمة وموقعة .

α ضرورة وضع خط بالحبر بعد كل عملية إجراء تفاديا لعمليات التزوير ، و الإضافات غير المبررة .

α يتعين على المحافظ العقاري أن يضع تاريخ التسليم بعد كل عملية تأشير و النص الذي تم بمقتضاه هذا التسليم .

و لكي تكون كل البيانات المؤشرة على الدفتر العقاري صحيحة و مطابقة لعمليات التصرف الواردة على العقار ، لابدّ من نقل كل التأشيريات التي تمت على البطاقة العقارية ، و كذلك على الدفتر العقاري المقدم أو الدفتر الجديد ، مع العلم أن هذا الأخير لا يعتبر تاما إلا عند حلول تاريخ آخر شهادة تطابق ، يوقع عليها المحافظ العقاري في الإطار المخصص لذلك (1)

أ- كيفية تسليم الدفتر العقاري :

يختلف الأمر فيما يخص كيفية تسليم الدفتر العقاري تبعا لاختلاف عدد الأشخاص أصحاب الحقوق :

- **شخص واحد** : لا يطرح إشكال قانوني لأن عملية التسليم تتم له شخصيا

- **شخصان أو أكثر** : كما في حالة الشيوخ ، هنا يجب عليهم تعيين وكيل من بينهم

بموجب وكالة قانونية لتسلّم الدفتر مع إلزام المحفظ العقاري بالإشارة على البطاقة العقارية .

(1) راجع في ذلك : خالد رامول ، المرجع السابق ، ص 119

التي تخص نفس عقار الجهة التي آل إليها الدفتر العقاري ، واسم مستعمله تجنباً للضياع⁽¹⁾

ب- ضياع الدفتر العقاري :

يستطيع الشخص الذي ضاع منه الدفتر العقاري الحصول على دفتر جديد ، بعد تقديم طلب مكتوب و مسبب للمحافظ العقاري الذي يكون ملزم بالتأكد من مدى تطابق هذا الطلب مع هوية الشخص و البطاقة العقارية الخاصة بذات العقار .

أما إذا تم التأشير على دفتر جديد رغم وجود دفاتر عقارية سابقة تمّ التأشير عليها فعلى المحافظ العقاري إتلاف كل الدفاتر السابقة و الإشارة بذلك على البطاقات العقارية⁽²⁾ .

و نظراً لأهمية الدفتر العقاري و ما يتضمنه من معلومات ، ألزم المشرع الجزائري تقديمه في كل عملية إيداع تحت طائلة رفض الإجراء ، عملاً بنص المادة 50 من مرسوم

63/76 .

غير أن لهذه القاعدة استثناءات جاءت بها المادة 50 فقرة 2 حيث تتم عملية تنفيذ الإجراء

دون طلبها :

(1) العقود المشار إليها في المادة 13 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري .

(2) العقود المحررة أو القرارات القضائية التي صدرت دون مساعدة المالك أو ضده .

(3) تسجيل امتياز أو رهن قانوني أو قضائي .

و تجدر الإشارة إلى أنه بعد تنفيذ إجراء الشهر لهذه الحالات على المحافظ العقاري أن يبلغ التنفيذ إلى حائز العقار لدى المحافظة العقارية المختصة قصد ضبطه واستيفاءه .

في حالة عدم تقديم البائع - المالك - الدفتر العقاري للمحافظ عند نقل ملكية العقار من أجل التأشير عليه بالتصرف ، هنا يمكن للمحافظ العقاري أن يسلم للمالك الجديد دفتر عقاري آخر مع الإشارة في البطاقة العقارية الخاصة بهذا العقار لمراجع الدفتر المسلم . و إذا وقع نزاع حول عملية التسليم يجوز للأطراف المتنازعة الحصول على دفتر عقاري يثبت حقوقهم .

(1) راجع المادة 47 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري

(2) راجع في ذلك : المادة 49 من المرسوم رقم 63/76 السالف الذكر

3- حجية الدفتر العقاري في الإثبات :

نورد فيما يلي بعض قرارات المحكمة العليا التي تقرّ فيها بحجية الدفتر العقاري كدليل إثبات رسمي :

1- قرار رقم 197.920 : مؤرخ في 2000/06/28

من خلال مراجعة هذا القرار محل الطعن نجد أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم على انعدام وجود الدليل للإثبات في الدعوى و ذهبوا إلى القول : « أن الدفتر العقاري المستظهر من طرف المدعى لا يقوم مقام سند الملكية » .

لكن من الثابت أن القانون ينص على خلاف ذلك ، و يعتر الدفتر العقاري السند الوحيد لإثبات الملكية عملاً بالمادة 19 من الأمر 74/75 و المادتين 32 و 33 من المرسوم 32/73 المؤرخ في 1973/01/05 المتعلق بإثبات حق الملكية العقارية الخاصة .

و من ثم فإن القضاة لما توصلوا إلى عدم وجود الدليل على إثبات الملكية العقارية رغم الاستظهار بالدفتر العقاري يكونون قد أخطئوا في تطبيق القانون ، ولم يلحقوا قرارهم⁽¹⁾ .
بالأساس القانوني السليم ، مما يعرضه للنقض و الإبطال .

2- قرار رقم 108.200 : مؤرخ في 1994/03/16⁽²⁾

ومن ثم فإن قضاة الموضوع بإبطالهم مباشرة عقد البيع الرسمي المبرم بين الطاعن الحالي و المرحوم (ب-ي) ، وورثة المطعون ضدهم ، مع أنه مرتكز على عقد صحيح بموجبه تحصلوا على الدفتر العقاري ، و لم تقع أية معارضة مقبولة ضده و فإنهم بذلك قد أساءوا تطبيق القانون ، و عرضوا قرارهم للنقض .

* **الجهة المختصة بالطعن في إلغاء الدفتر العقاري :** هناك رأيان :

الرأي الأول :

جهة القضاء العادي ، أي أن القاضي العقاري هو الذي يتولى النظر في ذلك على أساس أن الطعن ينصب على حقوق عقارية يكرسها الدفتر العقاري .

(1) راجع في ذلك : المجلة القضائية ، عدد 01 ، 2001 ، ص 252 .

(2) راجع في ذلك المجلة القضائية ، عدد 02 ، 1955 ، ص 80 .

الرأي الثاني :

الاجتهاد القضائي الثابت و المستقر لمجلس الدولة ذهب عكس ذلك ، و خول الاختصاص بإلغاء الدفتر العقاري للقضاء الإداري ، على أساس أمن الدفتر العقاري يشكل بقرار إداري صادر عن المحافظة العقارية .

و عليه فالدفتر العقاري هو السند الوحيد المثبت للملكية العقارية الخاصة بالنسبة للعقارات التي شملتها عملية المسح ، هذا لا يعني أبداً أن العقارات التي لم يسلمها المسح غير خاضعة لأي تنظيم ، بل هناك أراضي خاضعة لنظام الشهر الشخصي و ملاكها يتمتعون بعقود رسمية .

المطلب الثالث :

نقل الملكية العقارية الخاصة

تخضع كافة العقود إلى مبدأ الرضائية بحسب الأصل ، إلا أن المشرع إشتراط توافر أركان خاصة في العقود الواردة على العقارات . حيث بمقتضى المادة 324 مكرر-1- ق.مدني ، استلزم تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية في شكل رسمي تحت طائلة البطلان .

إضافة إلى وجوب تسجيل هذا العقد الرسمي لدى مصلحة التسجيل و الطابع ليتم شهره أخيراً بالمحافظة العقارية حتى يرتب الأثر العيني وهو نقل الملكية ، و لما كان الأمر 91/70 هو الحدّ الفاصل بين عهد العرفية و عهد الرسمية فما هي فعالية كل من العقد الرسمي و العقد العرفي في نقل الملكية العقارية ؟ و ما هي إجراءات التسجيل التي يخضع لها العقد الرسمي ؟ و كيف يتم الشهر ؟ .

هذا ما سوف نتطرق إليه في ثلاثة فروع على التوالي حيث نخصص :

الفرع الأول : الرسمية و العرفية

الفرع الثاني : التسجيل

الفرع الثالث : الشهر

الفرع الأول : الرسمية و العرفية

إن القاعدة العامة في التعاقد طبقا للقانون الجزائري هي مبدأ الرضائية لأن مجرد تطابق الإرادتين يكفي لإنشاء العقد ، ما لم توجد نصوص قانونية تقضي بخلاف ذلك حسب المادة 59 من التقنين المدني (1) .

لكن المشرع الجزائري اشترط مبدأ شكلية العقود في بعض التصرفات كالمعاملات التي ترد على العقارات رغم خضوع هذه الأخيرة إلى عقود عرفية في مرحلة ما لذا سنحاول بحث إلى أي مدى يمكن القول بفعالية العقود العرفية و الرسمية في نقل و إثبات المعاملات العقارية :

أولا : فعالية العقود الرسمية في نقل الملكية العقارية

تطرقنا في المطلب الثاني إلى سندات إثبات الملكية العقارية ، و عرفنا بإيجاز العقد الرسمي ، و إذا كانت المادة 324 مكرر -1-ق.مدني تستلزم إبرام العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية في شكل رسمي بقولها : « زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي ، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية ... في شكل رسمي و يجب دفع ... لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد » هذا من جهة ومن جهة أخرى نصت المادة 61 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على مايلي : « كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي فالعقود الرسمية تكتسب صفتها هذه بالنظر إلى الجهة التي أصدرتها ، فالموظف العمومي هو الشخص الذي أسندت إليه الدولة مهمة إدارة شؤونها في مجال معين كالوالي أو مدير أملاك الدولة ، و الشخص المكلف بخدمة عامة مثل رؤساء المجالس البلدية ، الخبراء الذين تعينهم المحكمة ، و الضابط العمومي مثل الموثق و المحضر القضائي و المترجم (2) .

(1) المادة 59 ق.مدني : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية » .

(2) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر نقل الملكية العقارية ، مرجع سابق ، ص 95

و لما كان عقد البيع العقاري أكثر التصرفات القانونية في المجال العملي ، فالمشرع يشترط ضرورة إحتواء العقد الرسمي المتضمن عقد البيع على كافة العناصر و المعلومات الضرورية ، و أهم شيء أن يقوم العقد على أركانه المعروفة الرضا ، المحل و السبب ليتجنب الطعن فيه بالبطلان .

فبتوافر هذه الشروط شكلية كانت أو موضوعية تتجلى وظيفة التوثيق في إتمام عقد البيع و تمكين المتعاقدين من سند تنفيذي له حجية في الإثبات ⁽¹⁾ يغنيهما عن إقامة دعوى صحة التعاقد . كما هو الحال بالنسبة للمحررات العرفية فينشئ عقد البيع الصحيح التزامات على عاتق طرفيه ، فيلتزم البائع بتنفيذ الأثر العيني ألا وهو نقل الملكية إلى المشتري و بتسليمه العقار ، كما يلتزم المشتري بدفع الثمن و المصروفات ⁽²⁾ .

و يكون العقد الرسمي حجة في مضمونه سواء بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير ، لا بد أن يبين الضابط العمومي في العقود الناقلة أو المعلنة عن ملكية عقارية، طبيعة وحالات و مضمون ، وحدود العقارات و أسماء المالكين السابقين ، وعند الإمكان صفة و تاريخ التحويلات المنتالية ، و ذلك حسب المادة 324 مكرر -4- ق.مدني .

و يعد مناط ذلك هو تجنب الشك و الريبة في بيانات البطاقات العقارية ⁽³⁾ لأن هذه الأخيرة تستند إلى مصادر موقن بصحتها (محتوى العقد الرسمي) ، لأن هذا يقوم على مبدأ القناعة العامة الذي تبنته الدول التي تأخذ بنظام السجل العقاري العيني لاشتراطها السند الرسمي كأساس قانوني للإشهار. و في مقابل ذلك هناك دول ورغم تبنيها لنظام الشهر العيني ، إلا أنها لا تأخذ بفكرة السند الرسمي ، و يسري عندها الشهر بناء على وثيقة عرفية أو رسمية مثل القانون التونسي ، المصري ، اللبناني ، السوري .

(1) راجع في ذلك : مجلة الموثق - العدد 2 الصادر بـ 2001/07/22 ، ص 24

(2) راجع في ذلك : مجلة الموثق العدد 4 الصادر بـ 2000/05/10 ، ص 42

(3) راجع في ذلك : حسن طوايبي ، المرجع السابق ، ص 88

و لا بأس أن نشير إلى أن العقود الرسمية منها ما ينصب على إثبات الملكية العقارية كعقد البيع ، المبادلة ، عقدي الهبة و الوصية اللذان يعدان من العقود الاحتفالية الخاضعة لمبدأ الرسمية ، إضافة إلى الشهادة التوثيقية التي يتم بموجبها شهر حق الإرث المترتب عن الوفاة و عقد الشهرة ، وعقد اللفيف التي تعتبر عقودا تصريحية ⁽¹⁾ .

و قد درج القضاء على استبعاد عقود لا تتوافر فيها شروط العقد الرسمي الناقل للملكية العقارية و ذلك في القرار رقم 68.467 مؤرخ في 1990/10/21، ⁽²⁾ .

« حيث أنه من المقرر قانونا أنه يشترط في العقد الرسمي أن يكون محررا أما الموثق ، محتويا على أصل الملكية ، مكرّسا لاتفاق الطرفين ، محدد للمحل تحديدا نافيا للجهالة ، معاين لتسديد المبلغ أمام الموثق ، مسجل مشهر لدى المحافظة العقارية .

و من المقرر أيضا أن اللفيف هو عقد عرفي يحزر أمام الموثق يثبت فيه تصريحات الأطراف و الشهود فقط .

ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد منعدم الأساس القانوني ⁽³⁾ .

و لما كان من الثابت في قضية الحال – أن كلا العقدين المقدمين للمحكمة عرفيين ، ومن ثمة فإن قضاة الموضوع بأخذهم – اللفيف – و اعتباره عقد رسمي دون توفره على الشروط المنصوص عليها قانونا خرقوا القانون .»

كذلك القرار رقم 103.656 ، مؤرخ في 1994/11/09 ، « يشترط في العقود المتضمنة نقل الملكية العقارية أن تحرر في شكل رسمي و إلا وقعت تحت طائلة البطلان » ⁽⁴⁾ .

وتتص المادة 206 من قانون الأسرة ، أن الهبة تنعقد بالإيجاب و القبول مع مراعاة قانون التوثيق بالنسبة للعقارات ، لذا فإن الهبة تعتبر باطلة لعدم استيفائها الشروط الجوهرية .

(1) لمزيد من المعلومات حول هذه العقود راجع في ذلك : حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 29 و ما بعدها .

(2) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر ، القضاء العقاري ، ص 312

(3) مجلة قضائية : عدد 01 سنة 1992 ، ص 84 .

(4) نشرة قضائية : عدد 51، سنة 1997 ، ص 67 .

ثانياً : فعالية العقود العرفية في نقل الملكية العقارية الخاصة
لقد كان لصدور القوانين و المراسيم المنظمة للساحة العقارية تأثيراً بالغاً على حجية العقود العرفية في إثبات المعاملات العقارية ، سواء الأمر 26/74 المتضمن قانون الاحتياطات العقارية ، و الأهم هو صدور الأمر 74/75 المتضمن مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري في مادته 61 السالفة الذكر، وكذا المادة 88 من المرسوم الآنف الذكر التي جاءت بقاعدة الشهر المسبق ، لذا كان على المشرع أن يتدخل فأصدر مايلي :

1- المنشور الرئاسي المؤرخ في 1976/06/30 :

جاء هذا المنشور لتصحيح العقود العرفية الثابتة التاريخ و المبرمة قبل 1974/03/05 تاريخ العمل بقانون الاحتياطات العقارية ، فحسن هذا المنشور إجراءات خاصة ، فكلّف المحاكم بإجراء تحقيق للمتقاضين عن صحة البيع ومدى توافر أركانه .
إلا أن تجاهل المنشور للأمر رقم 91/70 المتضمن قانون التوثيق الذي أوجب الرسمية في المعاملات العقارية تحت طائلة البطلان . بالإضافة إلى أنه لا يقيد القاضي لأنه يحمل وجهة نظر الحكومة في تأويل الأمر 26/74 المتعلق بالاحتياطات العقارية ، زد على ذلك أنه لم يحدد مدة لتصحيح البيوع العرفية⁽¹⁾ ، و لا يشترط تسجيل العقود العرفية لدى مصلحة التسجيل و الطابع لمفتشية الضرائب لكي يكون لها تاريخ ثابت . ليسهل التأكد من صحتها ، كما هيأ الظروف للأشخاص من أجل التهرب من الإجراءات التي يفرضها قانون التوثيق .
أما العقود العرفية غير الثابتة التاريخ ، فلا يمكن إثبات حجيتها إلا عن طريق القضاء⁽²⁾ طبقاً لقرار الغرفة العقارية للمحكمة العليا رقم 198674 مؤرخ في 2000/04/26 غير منشور⁽³⁾

(1) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية، مرجع سابق ، ص23

(2) راجع في ذلك : المذكرة 1251 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية بتاريخ 1994/03/29 .

(3) قرار مشار إليه في : حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 24

2- المرسوم رقم 210/80 المؤرخ في 13/09/1980 :

جاء هذا المرسوم معدلاً للمرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ، و في مادته 03 عدل نص المادة 89 لتصاغ بالشكل التالي : « لا تطبق القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88 أعلاه :

- عند الأجراء الأول الخاص بشهر الحقوق العينية العقارية في السجل العقاري والذي يكون متمما للمواد من 8 إلى 18 من هذا المرسوم .

- عند ما يكون صاحب الحق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا عن سند اكتسب تاريخا ثابتا قبل أول مارس 1961» .

و ينتج عن هذا التعديل أن العقود العرفية الثابتة التاريخ المحررة قبل 1961/03/01 أعفيت من مبدأ الشهر المسبق ⁽¹⁾ المفروض بحكم نص المادة 88 من المرسوم ، و إثر هذا الحكم قامت المحاكم في تلك الفترة بتثبيت صحة هذه العقود العرفية بعد حصول الأطراف على إشهاد من البلدية يؤكد أن العقار لا يدخل ضمن صندوق الثروة الزراعية أو الاحتياطات العقارية ليتم شهرها بالمحافظة العقارية و لعل اختيار المشرع الجزائري تاريخ 1961/03/10 كمؤشر زمني في تحديد صحة العقود العرفية مرتبط أساسا بالمرسوم 52/61 المؤرخ في : 1961/01/18 المتعلق بإصلاح نظام الشهر العقاري آنذاك ولا بأس أن نشير أنه بعد سنة 1964 و بعد صدور المرسوم 15/64 المؤرخ في 1964/01/20 المتعلق بحرية المعاملات أصبح لزاما على أصحاب العقود العرفية الحصول على رخصة إدارية من الوالي و شهادة عدم الشغور .

3- المرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 19/05/1993 :

المعدل و المتمم للمرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 ، المتعلق بتأسيس السجل العقاري بموجب هذا المرسوم ثم تمديد فترة 1961/03/01 إلى غاية 1971/01/01 تاريخ دخول قانون التوثيق حيز التنفيذ ، و مناط ذلك أنه قبل 1971/01/01 كانت عملية شهر العقود أمرا إختياريا للأطراف .

(1) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر نقل الملكية العقارية ، ص 22

فبموجب هذا المرسوم اكتسبت العقود العرفية المحررة قبل 1971/01/01 صيغتها الرسمية⁽¹⁾ دون حاجة للجوء إلى القضاء ، بغرض إشهارها ، و أصبح كافيا مجرد اللجوء إلى الموثق لإيداعها و إضفاء الصبغة الرسمية عليها .و ذلك بعد إلغاء قانون الاحتياطات العقارية بموجب قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 .

الإجراءات العملية لتكريس فعالية العقود العرفية في إثبات ونقل الملكية العقارية

لقد خلقت القفزة النوعية للمشرع الجزائري من الرضائية إلى الرسمية فراغا في إيجاد حلول للعقود المحررة قبل تاريخ العمل بمبدأ الرسمية كشرط لنقل الحقوق العقارية سواء كانت هذه العقود ثابتة التاريخ أو غير ثابتة التاريخ و يكون ذلك ، باللجوء إلى الموثق أو اللجوء إلى القضاء .

1- الإيداع لدى الموثق :

- عملية الإيداع مشروطة بثبوت تاريخ العقد العرفي حسب المادة 05 من قانون 27/88 المؤرخ في 1988/07/12 المتضمن تنظيم التوثيق .
- يجب على الموثق أن يتأكد من ثبوت تاريخ العقد العرفي طبقا لنص المادة 328 قانون مدني حتى يتمكن من شهر مضمونه لدى المحافظة العقارية ، تحت طائلة رفض الإيداع على مستواها .
- يقوم حامل العقد العرفي بجمع ملف يتكون من العقد العرفي موضوع الإيداع ، شهادة ميلاد المنتفع من العقد ، أصل ملكية البائع أو المتصرف ، تعيين العقار تعيينا دقيقا .
- يقوم الموثق بتحرير عقد إيداع للعقد العرفي ملتزما بكافة ما ورد في العقد العرفي ، مراعيًا طبعًا إذا ما كان المسح العقاري قد شمل المنطقة أم لا الواقع فيها العقار موضوع التصرف .

(1) حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية ، مرجع سابق ، ص22

- في حالة وفاة الشخص المعني قبل إيداع الورقة أو العقد العرفي ، يحرر الورثة لدى الموثق شهادة توثيقية باسم المالك مع الملف المذكور آنفا إضافة إلى عقد الفريضة .
- وإذا كان القول بإيداع العقد العرفي لدى الموثق يبدو سهلا إلا أنه يطرح عدة إشكاليات في الواقع العملي خاصة في تعامل الموثقين مع نص المادة 328 ق.مدني ، و الاعتقاد السائد لدى العديد منهم وموظفي المحافظة العقارية أن العقد الثابت التاريخ هو العقد المسجل فقط . و لا يأخذون بعين الاعتبار الحالات الأخرى لثبوت تاريخ العقد العرفي المذكورة في المادة 328 ق.مدني .

2- اللجوء إلى القضاء :

- و يكون ذلك في حالة العقود العرفية غير الثابتة التاريخ حيث يتم اللجوء إلى القضاء بالنسبة لأصحاب العقود العرفية من أجل تثبيت صحة العقد العرفي ، ومن ثم شهره بالمحافظة العقارية ، و هذا ما أكدته المذكرة رقم 1251 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية ووزارة المالية .
- يقوم القاضي في هذه الحالة بالتأكد من البيانات الشخصية للأطراف ، أسماءهم ، ألقابهم ، مكان و تاريخ الازدياد ، صفاتهم ، جنسياتهم ، مهنتهم و عناوينهم ، حسب المادة 65 من المرسوم 63/76 .
- التأكد من العقار موضوع المعاملة أنه لا يقع في منطقة شملتها عملية المسح العقاري ، ذلك أن الانتهاء من هذه العملية لا يجعل الدفتر العقاري سند الملكية الوحيد .
- إذا راعى القاضي هذه الأمور ، كان حكمه بتثبيت العقد العرفي صحيحا منتجا لآثاره القانونية و يكون حجة في مواجهة الكافة .
- بعد استصدار الحكم ، و أن يصبح نهائيا يلجأ إلى الموثق من أجل إيداعه و شهره بمصالح الشهر العقاري بعد تسجيله بالطبع لدى مصلحة التسجيل و الطابع لتحصيل الدولة الجانب الضريبي ، وشهر الحكم القاضي بتثبيت صحته من أجل الاحتجاج له على الغير و هذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 69999 المؤرخ في 1993/07/25 .

و إما يتم صرف المتعاقدين مباشرة إلى مكتب التوثيق الذي تعينه المحكمة من أجل إتمام إجراءات البيع على الشكل الرسمي ، وهذا لا يصدق إلا على العقارات التي لها أصل ملكية سابق مشهر بالمحافظة العقارية ، لأن الموثق لا يستطيع تحرير عقد بيع واقع على عقار ليس له إشهار مسبق .

الفرع الثاني :

التسجيل

اقتضى المشرع الجزائري إضافة إلى وجوب توافر شرط الشكلية ، أو ما يعرف بتحرير العقد في شكله الرسمي ، ضرورة تسجيل مختلف العقود الرسمية التي يبرمها الموثق لدى مصلحة التسجيل و الطابع التابع لها مكتب التوثيق إقليميا و هذا ما نصت عليه المادة 75/1 من قانون التسجيل .

أولا : ماهية التسجيل و إجراءاته

يعد الهدف الأساسي من إنشاء الضرائب المباشرة على العقارات هو منح إيرادات لكل من الدولة و الجماعات المحلية من أجل تغطية نفقاتها ، إلا أن التطور الذي عرفه دور السلطات العمومية ⁽¹⁾ جعل لفرض الضريبة أهدافا جديدة منها ، استعمال الضريبة المباشرة كوسيلة للتدخل في جوانب الحياة الاقتصادية و الاجتماعية ، و لذا يمكن تصور استعمال الجباية العقارية ⁽²⁾ كوسيلة تدخل و تأشير على السوق العقارية .

ولذلك يقع على عاتق الموظف العام : " الموثق " الذي قام بتحرير العقد الرسمي أن يسعى إلى تسجيل ذلك العقد لدى مصلحة التسجيل و الطابع من أجل تحصيل الدولة للجانب الضريبي .

- لذا يقع على عاتق الشخص الراغب في امتلاك عقار أداء أعباء مختلفة

(1) راجع في ذلك : اسماعين شامة ، المرجع السابق ، ص 145

(2) راجع في ذلك : اسماعين شامة ، المرجع السابق ، ص 155 .

- تتمثل في نفقات التسجيل و الطابع ، و كذا رسوم الشهر العقاري ⁽¹⁾

فماذا نقصد برسم التسجيل ؟

- رسم التسجيل :

يقدّر هذا الرسم بـ 8% من قيمة ثمن الأرض وفقا للمادة 252 من قانون التسجيل الصادر بموجب الأمر 105/76 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المعدّل و المتمم ⁽²⁾ ، الذي ينص على أن كل أنواع البيوع و التنازلات و السحوب هي تصرفات خاضعة لرسم التسجيل ، تمارس بعد انقضاء الآجال المتفق عليها ، و كذا حق الترداد المبيع ، وهذا مهما كانت طبيعة السند المثبت لذلك سواء أكان السند إداريا ، مدنيا أو قضائيا ، مالم يتم إعفاؤها صراحة . و إضافة إلى رسم التسجيل هذا يوجد رسم آخر يعرف برسم الإشهار العقاري ⁽³⁾ .

إلا أن المشرع الجبائي في قانون التسجيل لا تهمه صحة المعاملة من عدمها و هذا ما يترتب عليه استحالة استرداد الرسوم المحصلة بصفة قانونية على الوثائق ، أو العقود التي تم نسخها أو إبطالها بعد تسجيلها . طبقا لما قضت به المادة 190/ف1 من قانون 105/76 ، لأن الهدف الوحيد من إخضاع العقود العقارية للتسجيل هو تحصيل الدولة للجانب الضريبي لصالح خزينتها العمومية ⁽⁴⁾ طبقا لنص المادة 28 من قانون 27/88 المتضمن مهنة التوثيق : « يحصل الموثق الحقوق و الرسوم بمختلف أنواعها لحساب الدولة من الأطراف الملزمين بتسديدها ، ويدفع مباشرة بقبضات الضرائب المبالغ الواجبة على الأطراف بصدد الضريبة ، و فضلا عن ذلك يتعين عليه فتح حساب خاص لدى الخزينة ليودع فيه المبالغ التي يحوزها » . يبقى مضمون العقد العرفي دائما بعيدا كل البعد عن الرسمية ⁽⁵⁾ .

(1) يتمثل دور الجباية العقارية في بيان معالم السياسة المتبناة في دولة ما ، إضافة إلى الدور التوجيهي للنشاطات ، وكذا إعادة توزيع للثروات الوطنية بين المواطنين لتنتهج العدالة الاجتماعية كأساس لبرامجها ، فدورها بصفة خاصة يتأصل كمجرد وسيلة من أجل ضمان مداخل للخزينة العامة

(2) راجع في ذلك الجريدة الرسمية لسنة 1977 ، جريدة رسمية رقم : 81

(3) يقصد برسم الإشهار العقاري الرسم الذي يقبض لصالح الدولة ، بمناسبة القيام بإجراءات شهر و نقل الملكية " الأراضي " لدى المحافظات العقارية ، و تقدّر نسبة هذا الرسم بـ 2% من قيمة ثمن العقار ما لم يتم الإعفاء من دفع الرسم صراحة .

(4) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري ، ص 105 .

(5) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر ، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا ، ص 313 .

ثانياً : آجال التسجيل

لقد حددت المادة 58 من القانون 105/76 آجالاً يجب احترامها من طرف الموثق المسندة إليه مهمة تسجيل مختلف العقود التي يبرمها لدى مصلحة التسجيل و الطابع التابع لها مكتب التوثيق إقليمياً خلال أجل شهر ابتداءً من تاريخها ، وتبعاً لذلك فقد نصت المادة 15 من القانون الآنف الذكر أنه و في حالة التأخير في التسجيل سيتعرض الموثق لعقوبات جبائية نص عليها قانون التسجيل ، حيث أضافت المادة 93 من نفس القانون على أنه : « على الموثقين الذي ن لم يسجلوا عقودهم في الآجال المحددة تطبق عليهم العقوبات التأديبية من قبل السلطة المختصة التي يتبعونها من دون المساس بتطبيق العقوبات الأخرى المنصوص عليها في القوانين و الأنظمة السارية المفعول عند الاقتضاء » .

إن التعرض لعقوبات تأديبية في حالة التأخير من شأنه أن لا يؤثر على الصيغة الرسمية للعقد .

إن أجل شهر المنصوص عليه في المادة 58 من قانون 105/76⁽¹⁾ يطبق كذلك فيما يتعلق بالقرارات القضائية طبقاً للمادة 60/1 من قانون التسجيل .

أما فيما يخص الوصية فقد خصها المشرع بأجل قانوني يختلف عن باقي العقود التوثيقية لذا فإنه يتعين على الموثقين المودعة لديهم ، أو الذين استلموا الوصايا أن يقوموا بتسجيل هذه الأخيرة خلال ثلاثة أشهر من وفاة الموصي بناءً على طلب الورثة الموصى لهم ؛ أو منفاذي الوصايا طبقاً للمادة 64 من قانون 105/76 .

و العقود التوثيقية أنواع منها ما يخضع لرسم تسجيل ثابت و ومنها ما يخضع لرسم تسجيل نسبي أو تصاعدي⁽²⁾ ، و هذا ما نصت عليه المادة 2 من ق. التسجيل « و تكون رسوم التسجيل ثابتة أو نسبية أو تصاعدية تبعاً لنوع العقد ، و نقل الملكية الخاضعة لهذه الرسوم » .

(1) المادة 58 من قانون التسجيل : « يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداءً من تاريخها باستثناء الحالة المنصوص عليها في المادة 64 أدناه .

(2) كمثل على الرسم التصاعدي و الرسم الخاص بمعدل تصاعدي على نقل ملكية العقارات أو الحقوق العقارية بعوض مثلاً : الرسم الذي يدفعه البائع بمناسبة بيعه لقطعة أرضية ، هذا الرسم نصت عليه المادتين 352 و 353 من قانون التسجيل ، إلا أن نص المادة 352 تم إلغاؤه بموجب المادة 55 من قانون المالية لسنة 1994 .

حيث جاء في نص المادة 03 من قانون التسجيل أنه : « يطبق الرسم الثابت على العقود التي لا تثبت نقل الملكية . أو حق الانتفاع أو التمتع لمدة الحياة أو المدة غير محدودة لأموال منقولة أو عقارية ، و لا لحصة في تركة و لا قسمة أموال منقولة أو عقارية أو بصفة عامة يطبق هذا الرسم على جميع العقود الأخرى التي تقدم طواعية لإجراء التسجيل حتى و لو كانت معفاة منه ، ويحصل هذا الرسم حسب المعدلات المحددة بموجب المادة 206 و المواد 208 و 212 من هذا القانون » .

لقد أنيطت مهمة تسجيل العقود إلى مفتشي التسجيل الذين خصهم بها قانون التسجيل لسنة 1976 و قد حدد مهامهم بمجموعة نصوص قانونية من المادة 180 إلى المادة 188 . تحت عنوان : إلتزامات مفتشي التسجيل .

2- إلتزامات مفتشي التسجيل:

- 1- لا يمكن لمفتشي التسجيل في أية حالة من الأحوال رفض تسجيل العقود سواء كانت عقود رسمية أو عرفية ، و نقل الملكيات التي تم دفع رسوم تسجيلها .
- 2- يمكن لمفتشي التسجيل الاحتفاظ بالعقد طيلة 24 ساعة حتى يتمكن من مراجعة العقود من حيث الشكل طبقا لنص المادة 180 من ق. التسجيل .
- 3- في إطار تسجيل العقود يقوم المفتش بنقل تأشيرة التسجيل و رقم ومبلغ الرسوم المدفوعة
- 4- يتم تسجيل العقود و يكون على النسخ الأصلية ، و كذلك فيما يخص الأحكام القضائية المادة 09 من ق. التسجيل ، و ذلك دون الاحتفاظ بالنسخ الأصلية .
- 5- لا يمكن لمفتشي التسجيل إعطاء مستخرجات من السجل إلا بأمر من رئيس المحكمة عندما يطلب هذه المستخرجات أحد الأطراف المتعاقدة أو ذوي حقوقهم ، طبقا لما تقضي به المادة 183 ف1 من ق. التسجيل .

و تجدر الإشارة إلى أن الأمر 27/95 المؤرخ في 1995/12/30 المتضمن قانون المالية لسنة 1996 في المادة 40 منه : « يعدل المقطع الثاني من المادة 60 من قانون التسجيل و يحرر كما يلي » :

المادة 60: « يجب أن تسجل عقود كتاب الضبط و أعوان كتابة الضبط التابعيندون تغير حتى شهر إعدادها » .

و يستفاد من هذه المادة أن العقود و القرارات القضائية الخاضعة لرسم التسجيل القضائي مثل العقود الموثقة الخاضعة للرسم الثابت إلى المراقبة القانونية في الآجال المحددة و تكون مرفقة في جدول يعد في نسختين ، فتودع إحداها لدى مفتشية الضرائب و الأخرى ترجع إلى المودع الذي يجب عليه عند انقضاء كل ثلاثة أشهر أن يقدم إلى تأشيرة رئيس مفتشية الضرائب ، الفهرس الذي سجلت فيه بصفة منتظمة كل العقود و القرارات الموجودة في جداول الأشهر السابقة و الشهر الجاري .

و يثبت دفع الرسوم بوضع ختم يحمل عبارة " رسم الطابع المحصل لصالح الخزينة " على العقود و السندات و الأحكام .

و في الأخير تجدر الإشارة إلى أنه هناك عقود تعفى من رسوم التسجيل ، ومنها على سبيل المثال : العقود التي تتعلق بالمبادلة و شراء من كل نوع ، والمتعلقة باقتسام هذه الأموال مع الخواص عندما تكون الدولة طرفا في العقد أو الولاية أو البلدية حسب ما نصت عليه المادة 27 من قانون 105/76 ، بالإضافة إلى ذلك تسجيل الشهادات الموثقة التي يتم إعدادها بعد الوفاة و المثبتة لنقل الملكية العقارية . المادة 280 من ق. التسجيل .

الفرع الثالث :

الشهر

أولا : قاعدة الشهر المسبق

لقد أوجب المشرع الجزائري لنفاذ التصرفات العقارية فيما بين المتعاقدين و بالنسبة للغير شهر هذه الأخيرة و ذلك طبقا للمادتين 15 و 16 من الأمر 74/76 ، و المادة 793 من القانون المدني .

حيث تنص المادة 15 من الأمر 74/76 على مايلي : « كل حق للملكية و وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير ، إلا من تاريخ يوم إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية ، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم أصحاب الحقوق العينية » .

حيث قصد المشرع الجزائي أن الأثر الناقل للملكية يتحقق من وقوع التسجيل (الشهر) بالنسبة للغير ⁽¹⁾ ، أما فيما يخص الوفاة فيحدث منذ وقوع الوفاة .

و كذلك المادة 16 من الأمر 74/75 تنص على مايلي : « العقود الإدارية و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل ، أو انقضاء حق عيني ، لا يكون له أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية » .

فيتضح من هذه المادة أن الأثر العيني المتمثل في نقل الملكية لا أثر له بين المتعاقدين و لا بالنسبة للغير إلا من وقت اتخاذ إجراءات الشهر .
سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون أو بالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري » .

ومن خلال النصوص السالفة الذكر ، نلاحظ أن نظام الشهر العيني المتبنى من طرف المشرع الجزائي يؤمن الاستقرار للمعاملات العقارية ، ذلك أن السجل العقاري يعطي صورة صادقة للوضع المادي و القانوني للعقار ، لذلك ما كان على المحافظ العقاري إجراء شهر أي تصرف وارد على عقار ، ما لم يكن هناك شهر مسبق للمحرر الذي تم على أساسه التصرف ، في العقار بأي شكل من أشكال التصرف ، وهذا ما نصت عليه المادة 58 من المرسوم 63/76 ، فالشهر المسبق يحقق الطمأنينة في المعاملات العقارية ⁽²⁾

. حيث تم بموجبه معرفة صاحب الحق الأخير الوارد على العقار بمجرد الإطلاع على البطاقة العقارية المسوكة بالمحافظة العقارية . وهذا ما يعرف بقاعدة الأثر النسبي للشهر أو قاعدة الشهر المسبق . و إن كانت هذه القاعدة هي الأصل ، إلا أنها ترد عليها استثناءات تحدّ من مجال تطبيقها نذكرها بإيجاز لسبق تطرقنا إليها بالتفصيل في المطلب الثاني من هذا المبحث ، و هي :

- العقود المحررة قبل 1970/01/01 ، حسب المادة 89 مرسوم 63/76

2- الإجراءات الأول في السجل العقاري

3- عقود الشهرة

(1) راجع في ذلك : خليل أحمد حسن قدامة ، المرجع السابق ، ص 118-119

(2) راجع في ذلك : مجيد خلفوني ، المرجع السابق ، ص 89

4- شهر شهادة الحيازة

5- عقود الملكية للأراضي المتنازل عنها في إطار عملية استصلاح الأراضي (1) .

ثانياً: إجراءات الشهر

تمر عملية الشهر بالمراحل التالية : الإيداع ، القيام بالإجراء ، التأشير على البطاقة العقارية و التأشير على السجل العقاري .

1- الإيداع :

الإيداع إجراء قانوني أولي لازم في كل عملية شهر ، له محل و آجال قانونية يجب احترامها
α يتم إيداع الوثائق من قبل الأشخاص المنوط لهم قانوناً ذلك ، وهو الموثقون ، السلطات الإدارية ، كتاب الضبط ، أو أحد المساعدين التابعين لهم (2) .

α يتم إيداع الوثائق من أجل شهرها على مستوى المحافظة العقارية المعنية و بالضبط على مستوى قسم الإيداع و عمليات المحاسبة ، حيث يكون الإيداع بالمحافظة العقارية التي يقع العقار محل التصرف في دائرة اختصاصها .

α يتم إيداع نسختين رسميتين أو صورتين من العقد أو الحكم القضائي المراد شهره حسب المادة 92 من المرسوم 63/76 .

α من الناحية العملية يمكن إلحاق عدة وثائق ، لتمكين المحافظ العقاري من مراقبة موضوع الإيداع بشكل جيد و دقيق حتى يقوم بمطابقتها مع المعلومات و البيانات التي تضمنتها الوثائق محل الشهر ، كالجدول الوصفي للتقسيم (3) في حالة ما إذا كان محل العقد متعلق بجزء من عقار مبني على شكل ملكية مشتركة لتحديد الوحدة العقارية محل التصرف ، و كذلك مستخرج العقد ، وثيقة قياس مسح الأراضي ، قرار التجزئة .

(1) راجع في ذلك : خالد رمول ، المرجع السابق ، ص 50 إلى 54

(2) يتم تعيين هذه الفئة بموجب وثيقة رسمية تثبت صفة التبعية للموثق أو السلطات الإدارية أو كتاب الضبط أو ... تجنباً لضياح وثائق الإيداع في حالة انتحال شخصية الغير .

(3) الجدول الوصفي : وثيقة تقنية ، يبين بموجبها زيادة على تعيين العمارة أو مجموعة البنايات تعيين كل حصة بشكل دقيق ، وذلك بتحديد الرقم ، مكونات الأجزاء الخاصة ، مقدار النسب في الأجزاء المشتركة .

- α بعد تسلم الوثائق يدوّن المحافظ العقاري ذلك في سجل يعرف بسجل الإيداعات .
- α يوقع قاضي المحكمة التابعة لاختصاص المحافظة العقارية على سجل الإيداعات ، و يرقمه ، و يتم التأشير على بيانات الإيداع في سجل خال من البياض و من الكتابة بين الأسطر طبقاً للمادة 43 من مرسوم 63/76 .
- α يجب أن تتضمن الوثيقة المودعة مراجع أصل الملكية السابقة عملاً بقاعدة الشهر المسبق ، إضافة إلى مراجع التسجيل طبقاً للمواد من 93 إلى 100 من الأمر 105/76 المتضمن قانون التسجيل .
- α مراعاة الإيداعات التي تتعلق بعقارات معفاة من رسوم الشهر العقاري ، كالعقارات التابعة للدولة أو جماعاتها المحلية .

2- تنفيذ إجراء الشهر :

بعد قبول عملية الإيداع ، يعيد المحافظ العقاري إحدى النسختين من العقد أو من الجدول الذي عليه تأشيرة القيام بالإجراء حسب المادة 92 من الأمر 63/76 .

*** آجال القيام بإجراء الشهر :**

- حددت آجال القيام بإجراء الشهر المادة 99 من الأمر 63/76 على الشكل الآتي :
- الشهادات التوثيقية شهرين من اليوم الذي قدّم الإلتماس فيه إلى الموثق ، و يمدد هذا الأجل إلى أربعة أشهر ، إذا كان أحد المعنيين مقيماً بالخارج ، كما تثبت مسؤولية أصحاب الحقوق العينية الجدد مدنياً إذا قدّم الإلتماس إلى الموثق في أكثر من ستة أشهر بعد الوفاة .
 - أوامر نزع الملكية 8 أيام من تاريخها .
 - الأحكام القضائية شهرين من اليوم الذي تصبح فيه نهائية .
 - العقود الأخرى تشهر من تاريخها .

و تجدر الإشارة إلى أنه في حالة ما إذا كان الشهر يجب أن يتسم في مكتب أو أكثر فإن الأجل المنصوص عليه في المادة 99 يمدد بـ 15 يوم ، كاملة تضاف إلى الأجل الأول .

و في حالة عدم مراعاة الآجال المذكورة أعلاه يعاقب مودعي العقود بدفع غرامة مالية

لأن هذه الآجال تعتبر من النظام العام ، و كون هذه الغرامة رمزية تقدّر بـ 100 دج مقارنة مع قيمة العقار ، فقد رفعت بموجب المادة 31 من قانون المالية لسنة 1999 إلى 1000 دج

3- التأشير على البطاقة العقارية :

و يتم التأشير على البطاقة العقارية بالحبر الأسود الذي لا يمحو بكيفية واضحة و مقروءة و يمنع التحسير والكشط حسب المادة 33 من المرسوم 63/76 ، و قد سبق تفصيل عملية التأشير على البطاقة العقارية في المطلب الثاني ، الفرع الثاني من المبحث الأول .

4- التأشير على السجل العقاري :

يعد السجل العقاري الذي يتكون من مجموعة البطاقات العقارية ، بكيفية واضحة و مقروءة ، بالحبر الأسود الذي لا يمحو ، و تكتب ألقاب الأطراف بالأحرف الكبيرة و الأسماء بأحرف صغيرة ، وينقل كل تأشير موجود على البطاقة العقارية إلى السجل العقاري ⁽¹⁾ ، أو إلى السجلات العقارية الجديدة ⁽²⁾ .

ثالثا : آثار الشهر :

يرتب التصرف المشهر آثارا سواء فيما بين المتعاقدين ، أو بالنسبة للغير :

1- فيما بين المتعاقدين :

- يؤدي إلى انتقال الملكية أو الحقوق العينية الأخرى للطرف المتعاقد من تاريخ الشهر و لا يمكن أن ينتقل بأثر رجعي ، فالشهر إذن يلغي سلطان الإرادة لدى المتعاقدين و يجبرهم بذلك على شهر تصرفاتهم القانونية الواردة على عقارات حتى ترتب آثارها العينية و هي نقل الملكية ، ذلك أن أقصى ما يولده البيع غير المسجل (غير المشهر) في ذمة الطرفين هي التزامات شخصية ⁽³⁾ .

(1) في حالة تطبيق قاعدة الشهر المسبق .

(2) في حالة الإجراء الأول في السجل العقاري بمناسبة القيام بعملية المسح العقاري .

(3) راجع في ذلك : زهدي يكن ، عقد البيع ، منشورات المكتبة العصرية ، بيروت ط...، ص 225

و خاصة إلتزام المشتري بدفع الثمن ، و لهذا الأخير أن يتمتع عن الوفاء بدفع الثمن إذا لم يف البائع بالتزامه بالعمل على نقل الملكية بالاتجاه إلى المحافظة العقارية لإجراء التسجيل .

- الحق العيني المشهر ينتقل إلى صاحبه خاليا من كل العيوب التي كانت عالقة به قبل الشهر كما ينتقل الحق العيني بغض النظر عن التصرف القانوني الذي أدى إلى شهره ، كعيوب الرضا ، نقص الأهلية ، قابلية العقد للفسخ ، ذلك أن مثل هذه الدفوع يمنع الاحتجاج بها في ظل نظام الشهر العيني ، و بالتالي لا يبقى لرافع دعوى الإبطال أو الفسخ سوى حقه في التعويض لاستحالة استرداد حقه العيني تطبيقا للقواعد العامة .

2- في مواجهة الغير :

* لا يكون التصرف نافذا في مواجهة الغير إلا من يوم شهره طبقا للمادة 15 من الأمر 74/75 الأنف الذكر .

* نصت المادة 803 ق.مدني بأن التصريح بالرغبة في الشفعة لا يحتج به ضد الغير إلا إذا كان مسجلا ، لإعلام الغير بأن العقار مشفوع ، و يمكن إبطال أي بيع لغير الشفيع .

* المادتين 86 و 87 من المرسوم 63/76 ، نصت بأنه في حالة عدم شهر الدعاوى العينية العقارية ، فإن الحكم لا يسري في مواجهة الخلف الخاص لصاحب الحق المهودر ، وكذلك الحال بالنسبة للشرط الذي حصل بمقتضاه الفسخ أو الإبطال .

* القيود الواردة على حق التصرف أو المنع من التصرف إذا أبرمت بعقود خاصة فلا تكون نافذة في حق الخلف الخاص الذي أشهر حقه ، إلا إذا تمّ شهرها مسبقا .

و عليه فإن التصرف القانوني غير المشهر رغم كونه تصرفا صحيحا منتجا لآثاره القانونية إلا أنه لا ينتج أثره العيني المتمثل في نقل الملكية ، و لا يمكن أن يكون حجة سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا من تاريخ شهره في مجموع البطاقات العقارية .

فالعقد المنصب على عقار ، يتطلب توفر ركن الرسمية إضافة إلى أركان العقد العامة ، إذا لم يكن مشهرا لا يرتب إلا إلتزامات شخصية على عاتق كل من البائع و المشتري ، طبقا للمادتين 361 و 387 من ق. مدني .

المبحث الثاني :

منازعات حماية الملكية العقارية الخاصة

لطالما كان المبدأ العام ضمان حماية واستقرار الملكية الخاصة طبقا لما تضمنه دستور 1996، ونظرا للتطورات الحديثة التي جعلت من حق الملكية وظيفة اجتماعية، ثارت مشاكل في الحياة العملية بمناسبة مسألة التعدي أو بالأحرى اعتداء الغير على الملكية العقارية، بمختلف أنواعها سواء كانت تامة (مفرزة)، شائعة وحتى مشتركة، ومن أجل درء هذه الاعتداءات، وضع المشرع الجزائري وسائل وأدوات قانونية تمكن المواطن من حماية ملكيته، والقاضي من بسط الحماية القضائية على الشخص المالك إذا اعتدى على ملكيته، وإذا كنا قد عالجنا الشق المتعلق بالحماية المدنية لحق الملكية العقارية الخاصة في جانبه القانوني، سوف نعرض في هذا المبحث، الشق المتعلق بالحماية القضائية والذي يتضح جليا في صورة الدعاوى التي خول القانون للمالك أن يسلك واحدة منها حرصا منه على ضمان ملكيته واستقرارها.

فإلى أي مدى يمتد نطاق الحماية ؟

وما هي وسائل وأدوات الحماية المدنية لحق الملكية العقارية في جانبها القضائي ؟

وسنتناول في هذا المبحث 3 مطالب يخصص :

المطلب الأول : نطاق الحماية

المطلب الثاني : وسائل وأدوات الحماية

المطلب الثالث : طرق إثبات الملكية في دعاوى الملكية وشهر الدعاوى العقارية

ويقسم كل مطلب تبعا لذلك إلى فروع.

المطلب الأول: نطاق الحماية

ونحن بصدد الحديث عن منازعات حماية الملكية العقارية الخاصة لا بدّ من تسليط الضوء على نطاق الحماية المدنية للملكية، وهذا ما يستدعي ضرورة التفرقة بين نطاق الملكية ونطاق الحماية.

فالمقصود من نطاق حق الملكية العقارية الخاصة هو ما يتضح جليا من خلال نص المادتين 675 و 676 ق مدني، فالملكية تشمل العقار ذاته أي الأرض وما فوقها وما تحتها أي العلو والعمق، إلى الحدّ المفيد للتمتع بها علوا وعمقا، وأن هذه الملكية تمتد إلى ملحقات الأرض وثمارها ومنتجاتها.

أمّا ما يراد بنطاق الحماية المدنية للملكية هو بيان أنواع الملكيات الخاصة التي تخضع لهذه الحماية.

فهل هذه الحماية تقتصر على الملكية التامة التي يستجمع فيها المالك سلطاته الثلاث من استعمال، استغلال وتصرف، أم أنها تمتد لتشمل الملكية الشائعة والملكية المشتركة ؟
وتبعا لذلك سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى 3 فروع نخصص كل فرع لدراسة نوع من أنواع الملكية.

الفرع الأول : الملكية التامة

الفرع الثاني : الملكية الشائعة

الفرع الثالث : الملكية المشتركة

الفرع الأول : الملكية التامة

إذا كان حق الملكية التامة يمتد إلى كافة المزايا التي يمكن أن نستخلصها من الشيء وهي: الاستعمال، الاستغلال والتصرف، فإن شمول حق الملكية لهذه السلطات هو ما يفسّر القول الشائع بأن حق الملكية حق جامع مانع.

جامع: لأنه يجمع كل ما يمكن الحصول عليه من الشيء الذي يرد عليه.

مانع: لأنه يمنع غير المالك مما يخول الشيء من مزايا القانون المدني.

ومن هذا المنطلق يمكننا تقسيم المليون الملكية بتحويل شخص آخر غير مالك الرقبة سلطة استعمال الشيء، أو استثماره ⁽¹⁾. كون ذلك لا يكون إلا مؤقتا حيث تعود ملكية صاحب الرقبة حتما.

وعليه فللمالك أن يفعل كل ما لم يحرمه القانون عليه، إذا الحرية هي الأصل، أمّا استثناء فقد ترد قيود على هذه الحرية، وذلك إما بمقتضى اتفاق أو نص في القانون. وفيما يلي سنحاول تحليل عناصر الملكية التامة من استغلال، استعمال وتصرف.

أوّلا : الاستعمال : L'usage

يقصد بالاستعمال في لغة الفقه: « الإفادة المباشرة من المنفعة التي يخولها الشيء في غير ما يمكن استخراجه منه من منتجات أو ثمار » ⁽²⁾

فاستعمال الشيء يكون في كل ما أعد له وفي كل ما يمكن أن يستعمل فيه. فيكون الاستعمال شخصا كسكن المنزل، أو أكل ثمار البستان، وهذا هو الاستعمال المادي، كما قد لا يستعمل المالك عقاره بنفسه بل يدعو غيره إلى استعماله بغير مقابل.

(1) - تجدر الإشارة إلى أن د. مصطفى الجمال يستبدل لفظ الاستغلال بالاستثمار، للتمييز بينه وبين الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة .

(2) - راجع في ذلك : د. مصطفى محمد الجمال . نظام الملكية . منشأة المعارف ط ، ص 81

كما يعد من قبيل الاستعمال أعمال الحفظ والصيانة، التي يقوم بها المالك في ملكه كترميم المنزل أو إعادة بناءه أو تسوية الأرض الزراعية أو حفر الترع (1).

كما قد يبلغ حد استعمال المالك لملكه إلى حد إتلافه كهدم البناء (2)، أو قلع الأشجار، دون حد لسلطته في ذلك إلا ما يفرضه عليه القانون من قيود منصوص عليها في القانون المدني (3)، لذلك لا يجوز لهذا الأخير أن يفتح مطلا على جاره إلا على مسافة معينة حددها القانون و لا يجب أن تقل عن مترين تقاس من ظهر الحائط الذي يوجد له المطل أو من الحافة الخارجية للشرفة أو من التتو (4).

وليس له أن يتجاوز في بناءه مساحة أرض لتمتد إلى جزء من أرض جاره أي ليس له أن يستعمل ملكه استعمالا من شأنه أن يضر بالجار ضررا غير مألوف المادة 691 ق . مدني. قد يثور الخلاف أحيانا بين الاستغلال والاستعمال، لكون كل منهما يعد استعمالا للعقار إلا أن الاستعمال يختلف عن الاستغلال في أن هذا الأخير عبارة عن القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار الشيء فيكون بذلك استخدام المنزل للسكن استعمالا له، أما تأجيرها والحصول على الأجرة استغلال له.

وأحيانا يختلط الاستعمال بالاستغلال خاصة عندما يقوم المالك بزراعة أرضه الزراعية والحصول على ثمار منها، فالاستعمال هو زراعتها والحصول على الثمار وبيعها استغلال فلو كان المالك قد قرر حق الاستعمال لشخص ما على أرضه الزراعية لكان لهذا الأخير أن يأخذ من ثمارها بقدر ما يحتاج إليه هو وأسرته فحسب ، وهنا يتساوى حق الاستعمال مع حق الانتفاع مقيدا .

(1) - راجع في ذلك : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني . حق الملكية ج 8 دار أحياء التراث

العربي بيروت ، ط 1968 ، ص 497

(2) - راجع في ذلك : أنور العمروسي ، الوافية في شرح القانون المدني الجزء (4) حق الملكية بوجه عام الشيوخ

والقسمة ، دار العدالة ، مصر ط 2004 ، ص 5

(3) - راجع في ذلك المواد من 690 إلى 712 تقنين مدني جزائري .

(4) - راجع في ذلك : المادة 709 ق مدني .

كما قد يخلط استعمال الشيء بالتصرف فيه، وذلك بالنسبة للأشياء، التي تستهلك بمجرد الاستعمال، كالطعام والنقود، لأن هذه الأشياء لا يمكن استعمالها لغير استهلاكها. والمالك حرّ في استعمال ملكه، فلا يتصور أن يكون مجبراً على استعمال عقاره الذي يملكه فإذا توقف أو امتنع عن استعماله لا يسقط حقه، ذلك أن حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال (1).

كما أن تطوّر فكرة الملكية في عصرنا هذا كونها أصبحت وظيفة اجتماعية فليس للمالك أن يقف موقفاً سلبياً، ولا يمارس حقه باستعمال ملكه، ففي بعض التشريعات ومثالنا: القانون المصري الذي يتدخل. كما في حالة كون الشخص يملك عقارات معدة للإيجار، وقام هذا الأخير بإقفالها في وجه المستأجرين، فيتدخل هنا ويؤجرها جبراً عن صاحبها بأجرة المثل لأن المالك بعمله هذا يكون قد خرج عن وجهة تخصيص الشيء للاستعمال، لأنه ترك عقاراته مدة دون استعمالها والاستفادة من منافعها.

ثانياً : الإستغلال : *Juissance*

يعرّف الاستغلال بأنه: « القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار الشيء بحيث ليس كل ما ينتجه الشيء و يؤخذ على سبيل المنفعة يعتبر ثماراً » (2) وفي هذه النقطة لا بد أن فرق بين ثلاثة مفاهيم: الثمار المنتجات والملحقات

1- الثمار : *Les Fruits*

تعد ثماراً كل ما ينتجه الشيء في مواعيد دورية، دون أن يترتب على أخذه الانتقاص من أصل الشيء، فما يميزها أنها غلة متجددة فهي تمثل الدخل المنتظم للشيء دون المساس جوهره ذاته، ومن أمثلتها محصول الأرض، وأجرة المنزل، وفوائد النقود . والثمار أنواع قد تكون:

(1) - راجع في ذلك : زهدي يكن . شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة الجزء (1)

دار الثقافة بيروت ، ط 3 سنة 1974 ، ص 227

(2) - راجع في ذلك : الأستاذ : عبد الرحمن ملزي محضرات في القانون المدني التكوين المتخصص في القانون

العقاري الدفعة الثالثة السنة الأكاديمية 2002 - 2003

* **ثمار طبيعية:** لا دخل للإنسان فيها. كالكأ والأعشاب التي تنبت في الأرض دون عمل الإنسان.

* **ثمار صناعية:** تنتج بفعل عمل الإنسان، كالمزروعات، الفواكه، خشب الأشجار إذا كانت معدة للقطع على وجه دوري منتظم، و كذلك عسل النحل.

* **ثمار مدنية:** كالريع الدوري المتجدد الذي يقبضه المالك من استثماره للأرض، أي ما يقبضه من الغير لقاء نقل منفعة الأرض لهذا الغير، كأجرة الأرض الزراعية.

2- المنتجات :

تعدّ من قبيل المنتجات ما تنتجه الأرض (الشيء) في مواعيد غير دورية، أو غير متجددة، فهي تخرج من الأرض في أوقات متقطعة غير منتظمة، و بأنها تمس أصل الأرض، وتنتقص منها، أي أن الأخذ بها يترتب عليه الانتقاص من أصل الشيء، وتعدّ منتجات المعادن التي تستخرج من المناجم والأحجار التي تستخرج من المحاجر.

3- الملحقات :

يعرف الفقه الملحقات بأنها الشيء المستقل عن أصل الشيء، وغير المتولد عنه كتولد الثمار و المنتجات والمعدة بصفة دائمة لتكون تابعة لهذا الأصل، فإذا كانت معدة بصفة مؤقتة لا دائمة فلا تعتبر من الملحقات، مثلاً حق الارتفاق من ملحقات العقار، المواشي الآلات الزراعية، وغيرها مما يعدّ عقاراً بالتخصيص، وكذلك المخازن وبيوت الفلاحين.

والتفرقة بين ثمار الشيء ومنتجاته لا أهمية لها بالنسبة للمالك فيما يتعلق بتحديد مدى حقه فله أن يحصل على الثمار والمنتجات جميعاً، إنما تظهر أهميتها في حالة ما إذا كسب الغير حق الانتفاع على الشيء كانت الثمار من حقه. أمّا المنتجات فتبقى من حق المالك وإذا كان بالشيء في يد الحائز حسن النية، فإن هذا الحائز يكسب ما يقبضه من ثمار، بينما تكون المنتجات من حق المالك.

كما أن للتفرقة بين الثمار والمنتجات فائدة كبيرة خاصة إذا وضع الغير يده على العقار ثم استرده المالك بناء على دعوى الاستحقاق فأن واضع اليد لا يردّ ثمار الشيء إذا كان حسن النية، بل تبقى له إذا استهلكها قياسا على المنتفع، وإنما لا يكون له الحق في المنتجات فهو بذلك يملك الثمار ولا يملك المنتجات (1).

فاستغلال المالك لعقاره قد يكون مباشرا، كأن يزرع أرضه و يجني ثمارها، أو يستغل المحجر باستخراج المحاجر منه، وقد يكون غير مباشر، وذلك بجعل الغير يجني ثماره ويدفع مقابل الثمار للمالك الذي يقوم بعمل قانوني (2) من أعمال الإدارة، كتأجير المنزل فيجني ثماره المدنية في شكل بدل إيجار أو تأجير الأرض الزراعية... الخ، كما يمتد الاستغلال إلى جميع ما يمتد إليه نطاق حق الملكية.

كما يمكن أن يرد على الاستغلال كما يرد على الاستعمال قيود يفرضها القانون وعلى سبيل المثال ضرورة استبقاء المستأجر في العين حتى بعد انتهاء الإيجار (3) فلا يستطيع طلب إخلاء العين إلا لأسباب معينة حددها القانون (4).

كما أن عدم استغلال المالك لعقاراته حق له. فيجوز لهذا الأخير أن يدع أرضه بورا لا يزرعها و لا يؤجرها للغير، كما يجوز له أن يبقي منزله خاليا لا يسكنه ولا يقوم بتأجيرها للغير ليسكنه. وهذا كله ما لم يفرض عليه القانون أن يقوم باستغلال ملكه.

ثالثا : التصرف

يعرّف التصرف بأنه: استخدام الشيء استخداما يستنفذ السلطة المقررة عليه كلها أو بعضها فرخصة التصرف الملازمة لكل الحقوق كحق الانتفاع، إنما ترد على هذه الحقوق دون أن تمتد إلى الشيء المقرر عليه، بينما التصرف في الملكية، فيشمل التصرف في الشيء ذاته لأن الغرض في الملكية أن الشيء يخضع للتسلط الشامل من جانب المالك .

(1) - راجع في ذلك : زهدي يكن، المرجع السابق، ص 231

(2) - راجع في ذلك : عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ج 8، ص 499

(3) - راجع في ذلك : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ج 8، ص 500

(4) - راجع المادة 514 وما بعدها من التقنين المدني الجزائري

وعلى ذلك فالتصرف في الملكية التامة لا يقتصر على التصرف القانوني إنما يمتد إلى التصرف المادي أيضا (1).

- فالتصرف المادي يكون بتغيير شكل الشيء أو استهلاكه أو إتلافه وعلى هذا النحو يختلط التصرف بالاستعمال.

أما التصرف القانوني، فيكون بنقل ملكية عقاره " بناء أو أرض " أو أي حق عيني آخر كأن يبيع عقاره كله أو جزء منه، ففي الحالة الأولى يصبح غيره المالك، أما الحالة الثانية فيصبح غير مالك للجزء الذي نقل ملكية للغير فالتصرفات القانونية قد تكون في صورة بيع ويتقاضى أجرا، وقد تكون هبة ولا يقبض في مقابلها شيء، وهنا نكون بصدد تصرفات قانونية نافذة للملكية.

كما يكون للمالك أن يرتب حقا عينيا يجرى بموجبه الملكية لصالح الغير كحق انتفاع، إرتفاق أي حقوق عينية أصلية متفرعة عن حق الملكية أو حقوقا عينية تبعية، كالرهن الرسمي، الرهن العقاري.... إلخ ، فهذه التصرفات ترد على المالك ذاته ، بخلاف التصرف المادي الذي يرد على الشيء محل الحق .

لذلك فإن سلطة التصرف المادي في الشيء هي العنصر الوحيد الذي يميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية، أما سلطة التصرف القانوني فهي ترد على حق المالك دون الشيء، ولا تعتبر عنصرا مكونا لحق الملكية. إنما هي رخصة تثبت للمالك كما تثبت لصاحب أي حق عيني آخر.

و إن قلنا بأن للمالك الحرية الكاملة في التصرف هذا بحسب الأصل فهناك إستثناءات تقيد فيها سلطة المالك في التصرف القانوني، ويحرم فيها من هذه السلطة بصفة مؤقتة، ويكون مؤدى ذلك بموجب نص في القانون أو بموجب شرط يرد في العقد مثال ذلك، ملكية الأسرة المادة 740 ق.مدني، كما قد يكون المنع من التصرف منعا دائما غير مؤقت، كما في الأموال الموقوفة (2).

(1) - راجع في ذلك : مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 83

(2) - راجع في ذلك : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق . ص 504

فيما يتعلق بالقيد القانوني على سلطة التصرف نجد عدة نصوص مبعثرة في التشريع الجزائري هنا وهناك لمنع المالك من التصرف مؤقتا في ملكيته وكمثال على ذلك: عدم جواز بيع حق الانتفاع الممنوح للمنتجين الفلاحين بموجب قانون 87-19 المتعلق بالمستثمرات الفلاحية، إلا بعد مرور 10 سنوات من يوم تأسيس المستثمرة الفلاحية، حسب المادة 84 من قانون التوجيه العقاري الملغاة بالمادة 12 من الأمر 95-26 مؤرخ في: 25/12/1995م المعدل والمتمم لقانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري .

أما الشرط المانع من التصرف فلم يرد بشأنه نص في التقنين المدني الجزائري، رغم أن التشريع اللبناني⁽¹⁾ مثلا و معظم التشريعات العربية إن لم تقل كلها نصت عليه، وبينت شروطه ومع ذلك يمكن أن نستنتج بطريق القياس أن المشرع الجزائري يأخذ بالشرط المانع من التصرف، وذلك بالرجوع إلى المرسوم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري وبالتحديد في مادته 104 التي تنص على ما يلي: « يحقق المحافظ العقاري بأن البطاقة العقارية غير مؤشر عليها، بأي سبب يقيد حرية التصرف في الحق من صاحبه الأخير ».

فيفهم من هذا النص بمفهوم المخالفة أنه إذا وجد شرط في العقد المشهر يمنع المشتري من التصرف، فإن المحافظ العقاري يتمتع عن شهره، وفي ذلك اعترافا صريحا بصحة الشرط المانع من التصرف وترتيب آثاره القانونية.

فمما يتكرر حدوثه في الحياة العملية، أن يهب شخص عقاره إلى ابنه، و يشترط في عقد البيع عدم التصرف في العقار حتى بلوغه سنا معينة، أو إلى غاية بلوغ اخوته سنا معينة حفاظا على المتصرف إليه من طيشه وسوء تقديره للأمور، ويكون حكم هذه الشروط أنها صحيحة كونها لا تسلب حق الملكية أحد عناصره سلبا دائما، وإنما تمنع التصرف لمدة مؤقتة، علما أن تقدير مدى مشروعية الباعث على الشرط ومعقولية مدته يخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

(1) - المزيد من المعلومات حول الشرط المانع من التصرف راجع السنهاوري . المرجع السابق ، ج8، ص 504 وما

فإذا استجمع الشخص السلطات الثلاثة المذكورة آنفاً من استعمال و استغلال وتصرف يكون لهذا الأخير حق الملكية التامة.

إلا أن المالك قد يجزئ الملكية فيتنازل عن حق الاستعمال و الاستغلال لفترة معينة، أو طيلة حياة ذلك الغير، وهذا ما يعرف بحق الانتفاع.

كما يكون له أن يمنح للغير حق استعمال عقاره فنكون بصدد حق سكنى، فليس لصاحب هذا الحق أن يؤجره ويستولي على الأجرة، ولا التنازل عنه (1).

كما أن حق التصرف إذا بقي وحده، فيكون للمالك عندئذ حق الرقبة، ويعدّ التصرف أهم عناصر الملكية الذي يميزها عن غيرها من الحقوق العينية.

وإن قلنا بأن للملكية وظيفة اجتماعية، فإن هذا ما يفسّر ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة في حالة وجود تعارض بينهما ويظهر ذلك في أهم قيد يرد على حق الملكية وهو نزع الملكية للمنفعة العامة (2).

الفرع الثاني

الملكية الشائعة > الشيوع العادي <

الأصل في الملكية أنها تثبت للشخص الواحد على الشيء ويقال عندئذ ملكية مفرزة ، ولكن قد تثبت لأكثر من شخص على نفس الشيء فيقال لها ملكية شائعة .

- تعريف الملكية الشائعة:

يقصد بها وجود حقوق لأكثر من شخص على نفس الشيء يتضمن كلّ منها جميع سلطات الملكية (3)

(1)- راجع في ذلك : زهدي يكن ، المرجع السابق ، ص 233

(2)- راجع في ذلك : قانون نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، 91/ ، المؤرخ في : 1991/04/27

(3)- راجع في ذلك : مصطفى محمد الجمال ، المرجع السابق ، ص 73

وعليه إذا تعدّد المالكون في الشيء الواحد، دون أن يتعين ملك كلّ واحد منهم، فحق الملكية هو الأنصبة الموزعة بين الشركاء المالكين⁽¹⁾، أمّا الشيء نفسه فمشاع غير مقسوم بينهم. وقد نصّ المشرع الجزائري على الملكية الشائعة في المواد من 713⁽²⁾ إلى 742 ق. مدني ويوصف هذا النوع من الشيوع بأنه اختياري إذا كان قابلا للقسمة.

أولاً: التمتع و التصرف في المال الشائع :

للشركاء حق الانتفاع و التصرف في المال الشائع ، ومادامت الملكية غير مفرزة فإذا حق الشريك يمتد إلى نصيب الشركاء الآخرين ، وهؤلاء يمتد حقهم إلى نصيب الشريك وبالتالي لابدّ من تعيين طريقة لإدارة هذا المال الشائع ، فإذا اتفق هؤلاء على وجود طريقة لإدارة المال الشائع ألزمهم ذلك الاتفاق ، أمّا إذا اختلفوا فإن القانون هو الذي يتولى تعيين النصاب الواجب لإدارة المال الشائع كلّ ، أمّا تصرف الشريك في حصته الشائعة فهي تخضع لقواعد الملكية المفرزة .

1- إدارة المال الشائع

إدارة المال الشائع قد تكون من أعمال الحفظ والصيانة، وقد تكون من أعمال الإدارة المعتادة، أو من أعمال الإدارة غير المعتادة.

أ - أعمال الحفظ والصيانة

نصت المادة 718 ق مدني: « لكلّ شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل مايلزم لحفظ الشيء، ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء »
فأعمال الحفظ والصيانة، قد تكون أعمالاً مادية، كالقيام ببعض الترميمات الضرورية لحفظ العقار من التهدّم على المادّة تجنباً لقيام مسؤولية المالكين على تهدّم البناء المادّة 140 ق. مدني.

(1) - راجع في ذلك : زهدي يكن . شرح مفصل(جديد) لقانون الملكية العقارية ، المرجع السابق، ص 329

(2) - عرّف المشرع الملكية الشائعة في نص المادة 713 ق مدني .

وقد تكون أعمال الحفظ من قبيل الأعمال الإدارية أو القانونية، كالوفاء بالضرائب المفروضة على الملكية العقارية، وقطع التقادم ضدّ حائز العقار بنية كسبه بالتقادم. فالشريك الذي يتولى القيام بهذه الأعمال رغم معارضة الشركاء الآخرين يعتبر نائباً عنهم نيابة قانونية، وبالتالي يحق له الرجوع على كلّ واحد منهم بقدر نصيبه في النفقات التي أنفقها ، وذلك على أساس أحكام الفضالة ⁽¹⁾ المادة 151 ق مدني .

أمّا إذا أجاز الشركاء أعمال الحفظ والصيانة يعتبر في هذه الحالة الشريك وكيلاً عنهم لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة حسب المادة 152 ق مدني ، وجميع النفقات التي تصرف من طرف الشريك المنفرد يتحملها الشركاء بقدر حصة كلّ واحد منهم كلّ بحسب نصيبه وليس بالتساوي حسب المادّة 719 ق مدني ، وذكرت هذه المادة بعض النفقات على سبيل المثال وليس الحصر لذلك تؤخذ النفقات بالمعنى الواسع إلى كلّ التكاليف الضرورية لحفظ الشيء ، وبطبيعة الحال باستثناء النفقات التي صرفت في أشياء كمالية .

ب- إدارة المال الشائع المعتادة

الأصل في إدارة المال الشائع أنها تثبت للشركاء مجتمعين، إذا اتفق هؤلاء على نظام معين لإدارة مالهم الشائع فيها بينهم، وبالتالي كان هذا النظام هو الواجب الإلتباع وهو ما نص عليه المشرع في المادة 715 ق مدني .

إلاّ أن الوصول إلى اتفاق بإجماع الشركاء أمر غير محقق الوقوع دائماً، لذا تحدّد المشرع النصاب المعقول الذي يمكن تحقيقه في المادة 716 ق مدني .

فأعمال الإدارة المعتادة هي الانتفاع بالشيء دون تغيير أساس أو تعديل في الفرض الذي أعد له ذلك الشيء أو المال الشائع، كما يجرّ الأرض، أو محل تجاري ، أو جني محصول وبيعه . وبالتالي يكون لأغلبية الشركاء أن تختار مديراً من بين الشركاء، أو أجنبياً ⁽²⁾.

(1) - راجع في ذلك : زهدي يكن ، المرجع السابق ، ص 347

(2) - راجع في ذلك : زهدي يكن ، المرجع السابق ، ص 346

فيكون هذا الأخير هو صاحب الشأن في أعمال الإدارة المعتادة، أما إذا حدّدت الأغلبية نظاماً لحسن الانتفاع بالمال الشائع يتقيد به سائر الشركاء، سرى هذا النظام على خلفهم سواء كانوا خلفاً خاصاً أو عاماً، وبالتالي فما يستقر عليه رأي الأغلبية يلزم الأقلية. كما أن إيجاز العقار الشائع من طرف الأقلية لا يسري إلّا في حق من أبرموا العقد، ولا يمتد إلى باقي الشركاء الذين يكون لهم طرد المستأجر من العين الذي له حق الرجوع على المؤجرين إلّا إذا كان لا يعلم بحالة الشيوع ، ففي هذه الحالة يستطيع أن يطلب إبطال الإيجار على أساس الغلط .

ج- إدارة المال الشائع غير المعتادة :

نصت المادة 717 ق مدني ، على أن أعمال الإدارة غير المعتادة هي التي تنطوي على تغيير أساسي أو تعديل في الغرض الذي أعد له المال الشائع، لذلك تطلّب المشرع أغلبية خاصة وليس عادية للقيام بهذه الإدارة وهي $\frac{3}{4}$ من الأنصبة ، حتى ولو كان شريكا واحداً، فلو أجر أحد الشركاء وهو لا يملك $\frac{3}{4}$ من الأنصبة، فيجازه لا يلزم بقية الشركاء⁽¹⁾ وتعدّ من قبيل أعمال الإدارة غير المعتادة تهديم بناء قديم، وبناء محل تجاري، أو إقامة بناء في أرض زراعية، وهذه الأعمال أكثر مساساً بحقوق الأقلية لذلك ألزم القانون الأغلبية التي خولها هذه السلطات أن تعلم الأقلية بقرارها على أن هذه الأخيرة أن تلجأ إلى المحكمة للتظلم خلال شهرين من يوم أعلامها من طرف الأغلبية بقرارها في الإدارة.

وتكون للمحكمة السلطة التقديرية في أن تقرّ القرار أو تلغيه مراعية في ذلك مصلحة جميع الشركاء، إضافة إلى معيار الشخص العادي، وفي حالة إقرار المحكمة لقرار الأغلبية لها أن تقر ما تراه مناسباً لضمان حقوق الأغلبية في استيفاء ما قد يستحقونه من تعويض نتيجة تنقيد قرار الأغلبية ، إذا أضر بمصلحتهم .

(1) - راجع في ذلك : زهدي يكن ، المرجع السابق، ص 346

ثانيا : إنقضاء الشيوخ العادي

يحق لكل شريك في أي وقت ما دام الشيوخ قائما أن يطلب قسمة المال الشائع، ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص في القانون أو بموجب اتفاق (1).
فبموجب قسمة المال الشائع، يستأثر كل شريك بجزء مفرز يتناسب مع حصته الشائعة وله أن يتصرف في حصته المفروزة بعد ذلك بكل أشكال التصرف. والقسمة إما أن تكون قسمة نهائية أو قسمة مهاية .

1- القسمة النهائية

وهي القسمة التي تنهي الشيوخ، فكل شريك الحق في أن يطلب القسمة وينهي الشيوخ وهذا هو الأصل، والبقاء فيه هو إستثناء طبقا للمادة 722 ق. مدني، وعليه لا يجبر أحد البقاء فيه إلا بنص القانون والقسمة نوعان إما اتفاقية أو قضائية.

أ- القسمة الإتفاقية : المادة 723 ق . مدني

يقتضي هذا النوع من القسمة وجود اتفاق بإجماع بين الشركاء، ويسري هذا الاتفاق على ما يسري على جميع العقود من أحكام (2) .

وتتم إجراءات القسمة الاتفاقية بإعداد مخطط موقع الأمكنة وخمس نسخ من مشروع القسمة يعدها خبير عقاري مختص ومعتمد، وترفق هذه التقارير بطلب تجزئة العقار من طرف الشركاء في الشيوخ، أو بطلب الموثق، وتودع بالمصلحة التقنية الخاصة بالتهيئة والتعمير على مستوى البلدية، وبعد مراجعة التقارير ومعانية الأمكنة من طرف الخبير المكلف بالمصلحة و التأكد من إحترام المسافات. إضافة إلى كون الأرض غير زراعية، فإنه يقترح على رئيس المجلس الشعبي البلدي منح قرار التجزئة، وعند إستلام الشركاء لقرار التجزئة يتوجهون بالتقارير المعدة من طرف الخبير، وقرار التجزئة إلى الموثق الذي يقوم بتحرير عقد القسمة وتسجيله وشهره بالمحافظة العقارية.

(1)- راجع في ذلك : ألور العمروسي ، الوافية في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، ص 349

(2)- راجع في ذلك : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج8، ص 893

إضافة إلى كون الأرض غير زراعية، فإنه يقترح على رئيس المجلس الشعبي البلدي منح قرار التجزئة، وعند إستلام الشركاء لقرار التجزئة يتوجهون بالتقارير المعدة من طرف الخبير، وقرار التجزئة إلى الموثق الذي يقوم بتحرير عقد القسمة وتسجيله وشهره بالمحافظة العقارية.

أمّا إذا كان العقار غير قابل للقسمة، كأن تكون غرفة واحدة، أو أن قسمة العقار إلى حصص يقلص من قيمته، يجوز للشركاء في هذه الحالة قسمته قسمة تصفية ببيعه عن طريق المزاد العلني، أما إذا اختلف الشركاء وتوافر نصاب 3/4 الشركاء طبقت أحكام التصرف في الشيوع على النحو الذي درسناه.

ب- القسمة القضائية

تكون القسمة القضائية هي الحل الوحيد لأنها الشيوع في حالة:

- اختلاف الشركاء على اقتسامه بالتراضي.

- حالة وجود قاصر بين الشركاء المشتاعين .

وعلى هذا النحو يكون لكلّ شريك يهّمه أمر القسمة أن يبادر إلى رفع دعوى أمام المحكمة المختصة، وهي محكمة موقع العقار محل القسمة ⁽¹⁾، وعليه أن يعلم الشركاء بعريضة افتتاح الدعوى، وأن يكلف الشركاء بالحضور، فإذا لم يكلف أحدهم بالحضور لا يكون الحكم الصادر في الدعوى حجة عليهم، وإنما يجوز لهذا الأخير الاعتراض عليه بطريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة وتكون القسمة القضائية إمّا في شكل قسمة عينة أو قسمة تصفية.

ب1- القسمة العينية

وهي الأصل في قسمة العقار، لذا تتولى المحكمة تعيين خبير عقاري لتقويم المال الشائع و تحديد قيمته الإجمالية فإذا لم يتضمن تقرير الخبرة هذه البيانات وقيمة كل حصة من حصص الشركاء، وصادقت المحكمة على هذا التقرير، فإن الحكم لا يسجل، وما يترتب عن هذا هو عدم إمكانيه الأطراف من الحصول على نسخة تنفيذية منه المادة 724 ق مدني.

(1)- راجع في ذلك : الأستاذ ملزي عبد الرحمن ، الملكية الشائعة ، محاضرة أقيمت على قضاء التكوين المتخصص في القانون العقاري الدفعة الثالثة ، السنة الأكاديمية 2002-2003

وتوجب المادة 727 ق مدني أن تتم القسمة بطريق القرعة في حالة عدم اتفاق الشركاء على أن يختص كل واحد منهم بحصة معينة، ويثبت ما استقر عليه الاقتراع في محضر يحرره القاضي بحضور الشركاء جميعاً ، وبناءاً عليه تسند لكل شريك حصته المفردة .

ب2- قسمة التصفية

نصت المادتين 728 و 729 ق مدني على أن قسمة التصفية تكون في حالتين:

- 1- إستحالة القسمة العينية لعدم الإنتفاع بالمال الشائع إذا تجزأ إلى حصص.
- 2- إذا كانت القسمة ستلحق بالعقار نقصاً كبيراً في قيمته.

وبالتالي فالمقصود بقسمة التصفية هو بيع المشاع بالمزاد العلني، وحسب المادة 9 ق.إم فإن المحكمة المختصة ببيع المشاع هي محكمة مقر المجلس وليست محكمة موقع العقار. فإذا توافرت شروط القسمة عن طريق التصفية نكون أمام فرضين:

الفرض الأول : رسو المزاد على أحد الشركاء ، في هذه الحالة يعتبر رسو المزاد قسمة عن طريق التصفية .

الفرض الثاني : رسو المزاد على شخص أجنبي ، في هذه الحالة يعتبر المزاد بيعاً عادياً وعليه ففي الفرض الأول نطبق أحكام المادة 731 ق مدني المتعلقة بضمان المتقاسمين وفي الفرض الثاني نطبق أحكام المادة 372 ق مدني وما يليها المتعلقة بضمان الاستحقاق المتعلقة بعقد البيع .

ثالثاً : آثار القسمة

يترتب على إجراء القسمة سواء كانت اتفاقية أو قضائية النتائج التالية :

- تركّز حق الشريك في جزء مفرز من المال الشائع
- يزول حق الشريك في الحصص التي آلت إلى غيره من الشركاء
- على كل شريك أن يضمن للآخرين ما قد يقع من تعرض أو استحقاق بسبب سابق على القسمة.

- إذا كانت القسمة إتفاقية وغبن فيها أحد الشركاء جاز له نقض القسمة أو الطعن فيها بالغبن وسنعرض فيما يلي لأثرين هامين للقسمة:

1- الأثر الكاشف للقسمة :

نصت على هذا الأثر المادة 730 ق.م على أن للقسمة أثر كاشف⁽¹⁾ وبالتالي يصبح المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوع، و أنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص إعمالا للأثر الرجعي القسمة وطبقا لنظرية الحلول العيني. ويترتب على ذلك أن المتقاسم لا يعتبر خلفا خاصا لبقية المتقاسمين، وإنما هو خلف خاص للمالك السابق قبل الشيوع، إن كان سبب الشيوع العقد، أو خلف خاص للمورث إذا كان مصدر الشيوع هو الوفاة، ومقتضى هذا الحكم أن المتقاسم تسري في حقه كل العقود التي أبرمها المالك قبل الشيوع وفقا للقواعد العامة التي تقضي بانصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص حسب المادة 109 ق.م، و باعتباره خلفا عاما إذا كان الشيوع تركة حسب المادة 108 ق.م .

أما إذا كان التصرف صادرا من أحد الشركاء أثناء الشيوع فإنه لا يسري في حق المتقاسم، ذلك أن المتقاسمين يضمنون بعضهم البعض، ما قد يقع من تعرض أو استحقاق بسبب سابق على القسمة⁽²⁾ وفقا لمادة 731 ق.م، ويكون التعويض للمتقاسم الذي استحق منه العقار بحسب نصيب كل متقاسم، فإن كان أحدهم معسرا، تحمل الباقيون بما فيهم من أنتزعت منه حصته، نصيب المعسر كل حسب نصيبه.

2- نقض القسمة الإتفاقية

للمتقاسم المغبون إذا تجاوز الغبن 1/5 أن ينقض القسمة إذا كانت إتفاقية، أما القسمة القضائية فلا يجوز نقضها، كونها أجريت من طرف القضاء، و أن الطرف المغبون قد تظلم أثناء إجراءات القسمة.

(1) - راجع في ذلك : عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج8، ص 948

(2) - راجع في ذلك : المرجع السابق ص 949

وما دامت القسمة الاتفاقية عقد⁽¹⁾، فهي تسري عليها أحكام العقد من حيث وجوب الالتزام بكل آثاره، وبالتالي نطبق عليها أحكام الغبن في بيع العقار المادة 358 ق.م. وبالتالي إذا كان الغبن يزيد عن 1/5 جاز لمن وقع فيه أن يطلب تكملة الثمن إلى 4/5 الثمن الحقيقي المادة 738 ق.م. .

وتجدر الإشارة إلى أن مدة سنة التي يجب رفع دعوى نقض القسمة خلالها هي مدة سقوط وليست مدة تقادم، و من ثم لا تخضع للوقف و لا للانقطاع. وبما أن التصرفات والأحكام النهائية المقررة بحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب تسجيلها " شهرها "، ويترتب على عدم شهرها أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير ، ويسري هذا الحكم على القسمة العقارية حتى يمكن الاحتجاج بها على الغير⁽²⁾ .

* قسمة المهايأة :

هذه القسمة ليست قسمة ملكية للمال الشائع، ولا ينتهي بها الشيوع، وإنما هي مجرد طريقة للانتفاع بالمال الشائع، وقد تناولها المشرع الجزائري مع القسمة النهائية⁽³⁾. ويظهر هذا النوع من القسمة في صورتين:

الصورة الأولى : مهايأة زمانية

ويقصد بها مناوبة في الانتفاع بالمال الشائع وذلك باتفاق الشركاء على ذلك لمدة معينة تتناسب مع حصة كل شريك مثلا كأن ينتفع صاحب الـ 1/2 بالمال الشائع لمدة سنة. أو صاحب الـ 1/3 لمدة 8 أشهر وهكذا.

الصورة الثانية : مهايأة مكانية

ويتفق فيها الشركاء على أن يختص كلّ منهم بمنفعة جزء مفرز يساوي حصته في المال الشائع متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء الأخرى.

(1) - راجع في ذلك : أنور العمروسي ، المرجع السابق، ص 351

(2) - راجع في ذلك : أنور طلبية : المطول في شرح القانون المدني ج 11 ، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية ، ط1 سنة 2004 . ص 390

(3) - راجع في ذلك : المواد 733 إلى 736 من القانون المدني .

و إذا تمت قسمة المهايأة سواء كانت باتفاق الشركاء أو بأمر من القاضي و سواء كانت مهايأة زمانية أو مكانية، فإنها تخضع من حيث الاحتجاج بها على الغير ومن حيث حقوق والتزامات أطرافها، وطرق إثباتها إلى أحكام عقد الإيجار التي لا تتعارض مع طبيعتها، ذلك أن كل شريك في قسمة المهايأة يعتبر مؤجر للشريك الآخر لحصته و مستأجر منه حصته، لأنها قسمة إنتفاع لا قسمة ملكية، لذلك لا تخضع لأحكام القسمة النهائية، وإنما تخضع لأحكام عقد الإيجار المادة 735 ق. مدني.

و المهايأة المكانية إذا دامت 15 سنة تتحول على قسمة نهائية، إذا لم يرغب أحد من الشركاء في إنهاءها، ولا تعتبر قسمة اتفاقية، فلا يترتب عنها ما يترتب على القسمة الاتفاقية من آثار.

و كثيرا ما يحدث في الواقع العملي لجوء بعض المتقاضين إلى رفع دعاوى قضائية يلتمسون فيها إلزام ملاك آخرين معهم في الشيوخ بالخروج، ورفع اليد عن العقارات المشاعة، والمحاكم توافقهم في ذلك وتعين خبراء لتحديد المساحة المعتدى عليها، وتقدير التعويض المستحق، وهذا موقف غير سلم كان لابدّ على القاضي أن يجتنبه، ذلك أنه في حالة غياب قسمة ودية، أو قسمة قضائية بين الشركاء المشتاعين لا يمكن القول بوجود اعتداء من عدمه من طرف شريك على آخر، فما دامت الأنصبة في العقارات المشاعة غير مفرزة ، لا يمكن مطالبة مالكين آخرين في الشيوخ بالخروج أو رفع اليد .

هذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 134535 المؤرخ في 1996/06/26م : (لا يمكن الحكم برفع اليد عن القطعة الأرضية المشاعة دون القيام بعملية قسمة للخروج من حالة الشيوخ ، وتحديد نصيب كل مالك على الشيوخ مفرزا)⁽¹⁾ .

الفرع الثالث

الملكية المشتركة > الشيوع الإجباري <

تختلف الملكية المشتركة أو ما يعرف بالشيوع الإجباري عن الشيوع العادي في عدة نقاط جوهرية تتضح من خلال تعريفها ، وما المقصود بالأجزاء المشتركة وكيفية إدارة هذه الأخيرة .

أولاً: تعريف الشيوع الإجباري

لقد عرّفت المادة 743 ق.م الملكية المشتركة " الشيوع الإجباري " بأنها الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني، أو مجموعة العقارات المبنية، والتي تكون ملكيتها مقسمة إلى حصص بين عدة أشخاص، تشتمل كل واحدة منها على جزء خاص، ونصيب في الأجزاء المشتركة، كما هو الحال بالنسبة للأجزاء المشتركة في العقارات كالأسطح والأفنية وممرات الدخول والدرج والمصاعد (1).

ومن خلال هذا التعريف يتضح جلياً بأنه لا يمكن أن يتصور ملكية مشتركة في الأرض الفضاء (2)، إذا لا بدّ من وجود بناء، إضافة إلى تعدّد المالكين لبناء واحد، أو عدّة بنايات، فلا نكون بصدد ملكية مشتركة في حالة وجود بناء مملوك لشخص واحد، ويجاوره بناء آخر مملوك لشخص آخر، يفصل بينهما مساحة شاغرة مستعملة بصفة مشتركة من قبل الجارين وذلك بسبب عدم تعدّد الملاك لبناء واحد.

إلاّ أنه وفي الواقع العملي، نلاحظ بأن الإدارة ومصالح أملاك الدولة قد خرقت أحكام المادة 743 ق.م، في إطار قانون التنازل عن أملاك الدولة 81-01 بمنح عقود إدارية للأفراد تنشأ من خلالها ملكية مشتركة دون توافر شروطها، ودون حاجة المشترين لذلك وهذا ما خلق أو ضاع قانونية شائكة عجز القضاء عن حلها (3).

(1) - راجع في ذلك : حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية ، المرجع السابق ، ص 128

(2) - راجع في ذلك : حمدي باشا عمر ، المرجع السابق ، الهامش ص 128

(3) - راجع في ذلك : أ. عبد الرحمن ملزي ، محاضرات في القانون المدني في التكوين المتخصص في القانون العقاري

دفعه 3، المعهد الوطني للقضاء 2002 - 2003

وكمثال عن ذلك: بيع بناءين منفصلين لشخصين مختلفين، مع وجود مساحة مشتركة بينهما ويشار إلى ذلك في العقود الممنوحة لها.

وقد خصص المشرع الجزائري 30 مادة في التقنين المدني، لتنظيم الملكية المشتركة في العقارات المبنية، مع العلم بأن نظام الملكية المشتركة نظام قانوني استمده المشرع الجزائري من القانون الفرنسي الصادر في 1938/07/28م، وهو مظهر من مظاهر المدينة الحديثة نظرا لما تنطوي عليه من مزايا بالنسبة لذوي الدخل المحدود، و الاقتصاد في الأراضي المخصصة للتعمير (1).

مع العلم أن الشريعة الإسلامية لا تعرف هذا النظام، لأنها نظمت ملكية الأسفل و ملكية العلو، أي تقسيم البناء إلى طبقات، بحيث تكون كل طبقة مملوكة بأكملها لشخص واحد ملكية مفرزة، فصاحب الطبقة السفلية يملك الأرض التي يقوم عليها البناء كله، وفي مقابل ذلك لا يكون لصاحب العلو إلا حق القرار على الأسفل.

ثانيا : تحديد الأجزاء المشتركة

حدّد المشرع الجزائري الأجزاء الخاصة في نص المادة 744 ق. م ، وحدّد الأجزاء الخاصة في المادة 745 ق.م ، وقد ورد تحديد الأجزاء الخاصة على سبيل المثال لا الحصر ويفهم من هذا إمكانية إضافة أشياء جديدة لم يذكرها المشرع في النص ، إذا توافرت ضرورة الاستعمال المشترك ، كما يجب تحديد نسبة الملكية المشتركة بالنسبة لكل مالك ، وذلك عن طريق إعداد الجدول الوصفي للملكية المشتركة كما يجب أن يتضمن المحرر الرسمي الذي يثبت الملكية الخاصة هذه النسبة بالنسبة لـ 1000 ، وتحدّد نسبة الملكية المشتركة بناء على مساحة الملكية الخاصة .

ولتحديد هذه النسبة أهمية كبيرة فيما يخص نصيب الأعباء والنفقات أي التكاليف، بحيث عادة ما توزع بصفة متساوية بين الشركاء.

(1) - راجع في ذلك : مرسوم 666/83، مؤرخ في 1983/11/12م ، المتضمن نظام الملكية المشتركة .

في حين أنها يجب أن توزع على حسب نسبة نصيب كل شريك في الملكية المشتركة⁽¹⁾، أي 1000/30 أو 1000/65 أو 1000/70 فإن النسبة المذكورة في العقد هي التي تحدّد الحقوق والتكاليف، بحيث تدفع هذه التكاليف من طرف كل شريك لصيانة الأجزاء المشتركة وترميمها المادة 750 ق.م .

ولما كانت الأجزاء المشتركة، غير قابلة للقسمة، لأنها شيوع إجباري ناتج عن وضعية وطبيعة العقار طبقا للمادة 747 ق.م ، فإنها تعتبر لصيقة بالأجزاء المشتركة ، وتدوم بدوام هذا العقار ، فلا يجوز التصرف فيها بمعزل عن التصرف في الأجزاء المشتركة ، و لا يجوز الحجز عليها ، مستقلة عن الأجزاء الخاصة ، وعليه لا يجوز أن تباع بالمزاد العلني . وهذا ما أكدته القرار رقم 76988 المؤرخ في 1991/07/10⁽²⁾: (من المقرر قانونا - المادة 747 ق.م أن الأجزاء المشتركة، أو الحقوق التابعة لها لا يجوز أن تكون محلاً لدعوى التقسيم، أو بيعا بالمزايدة، بمعزل عن الأجزاء الخاصة.

ولما كان ثابتا في قضية الحال - أن القضاة بمصادقتهم على تقرير الخبير و التصريح بأن الأجزاء المشتركة تبقى على حالتها الطبيعية، و لا يجوز تقسيمها بإعتبارها أن كل تقسيم لها يضر بحقوق الأطراف يكونون قد طبقوا صحيح القانون)⁽³⁾.

ثالثا : إدارة الملكية المشتركة

الملكية المشتركة شيوع إجباري لا يجوز القسمة فيه، لذلك فإن هذا النوع من الشيوع لا تطبق عليه قواعد إدارة المال الشائع و تسييره، لذا أنشأت هيئة تمثل ملاك الطبقات، والأجزاء الخاصة لإدارة الأجزاء المشتركة في البناء، وهي جماعة الشركاء في الملك أو الشاغلين لهذا الملك.

(1) - راجع في ذلك : أ. بختاوي سعيد، الملكية المشتركة بين القانون ومشاكل التطبيق، مجلة الموثق . جوان ، جويلية 2002، عدد 07 ، ص 44.

(2) المجلة القضائية ، عدد 03 ، سنة 1992 ، ص 35 .

(3) - راجع في ذلك : حمدي باشا عمر ، القضاء العقاري ، المرجع السابق ، ص 93

وقد نظم المشرع الجزائري هذه الجمعية وطريقة إدارتها في المواد من 722 إلى 756، وهذه النصوص جاءت مكملّة ومعدّلة للتقنين المدني بموجب القانون رقم 83-01 المؤرخ في 1993/01/29م إلا أنه بموجب المرسوم 666/83 إستحدث المشرع نظاما آخر أكثر تفصيلا فجماعة الشركاء ذات شخصية معنوية مؤهلة لأن تكون مدعية أمام القضاء، ومدعى عليها طبقا للمادتين 15 و16 من نظام الملكية المشتركة، ولها جميع الصلاحيات المتعلقة باتخاذ التدابير الضرورية للحفاظ على الملكية المشتركة و تسييرها وإدارتها. تتخذ هذه الجمعية قراراتها بالإقتراع السري، وتكّلف متصرف لتنفيذها حسب المادة 17ق.م.م⁽¹⁾.

إلا أن مازاد هذا النظام تعقيدا، رغم وضوح نصوصه ظاهريا، هو أنه نقل حرفيا عن القانون الفرنسي دون مراعاة لخصوصيات المجتمع الجزائري، الذي أصبح المواطن فيه يقطن العمارات وملكية الطبقات، دون أن يتخلّى عن عادات السكن الريفي، فأنّج بذلك جيلا جديدا لا هو ريفي يقدر حق الجوار، ولا هو مدني متطبع بعادات المدينة، ويعود السبب في ذلك إلى جهل المالكين في إطار الملكية المشتركة كحقوقهم وواجباتهم، إضافة إلى أن المواطن قد تعود أن يكون مستأجر لدى دواوين الترقية والتسيير العقاري التي لطالما تكفلت بالترميمات بصفتها كانت مالكة للعمارات قبل التنازل عن أملاك الدولة.

فنتج عن هذه الأسباب أن هذا النظام بقي مجرد حبر على ورق، ذلك أن كلّ قانون لا ينبع من بيئته لا يكتب له النجاح، فلا جمعية الشركاء تأسست ولا وجود لأي تنظيم يتولى تسيير إدارة الأجزاء المشتركة، ومن الناحية التطبيقية فحدّث ولا حرج، وما يمكن قوله عن الملكية المشتركة يعجز اللسان عن وصفه⁽²⁾.

(1) - راجع في ذلك : أ. عبد الرحمن ملزي ،محاضرات في الملكية الشائعة ، دفعة التكوين المتخصص في العقاري ،

المعهد الوطني للقضاء 2002 - 2003

(2) - راجع في ذلك : أ. بختاوي سعيد الملكية المشتركة بين القانون ومشاكل التطبيق، مجلة الموثق جوان ، جويلية

2002، عدد 07 ص 43

إذا لم نقل أنها أصبحت توصف بالشبح المخيف بالنظر إلى الأجزاء المشتركة التي تسودها الفوضى والإهمال لتصبح مستودعا للقمامة، ووكرا للحيوانات " الفئران " ومصدرا للحشرات اللاسعة، بسبب استحالة إجماع المالكين للمساهمة في نفقات الصيانة والترميم .

وننتيجة لهذا الوضع المزري الذي آلت إليه الأحياء والعمارات أو رد المشرع ثلاثة نصوص في المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 1993/03/01م يمنح من خلالها السلطة المخولة لجماعة الشركاء. بموجب المادة 756 ق.م والمادة 14 من المرسوم 83-666 لأحد المالكين الشركاء منفردا، وذلك بعد تثبيته بأمر على عريضة يوقعها رئيس المحكمة بناء على طلب المالك الشريك المعني، وبعد توقيع الأمر يصبح هذا الشريك المنفرد يتمتع بجميع صلاحيات هيئة جماعة المالكين، حيث تلزم كل قراراته البقية إذا تمت وفقا للنصوص الواردة في نظام الملكية المشتركة.

المطلب الثاني وسائل الحماية

لقد قرّر القانون في حالة وقوع اعتداء على حق الملكية، وسائل تحمي هذا الحق، وتظهر هذه الحماية في صورة دعاوى قضائية تضمن استقرار الحقوق و تدراً كل عمل من شأنه أن يعيق المالك في الانتفاع بملكه، والتمتع بالسلطات التي خولها له القانون.

وتبعاً لذلك لمالك العقار أن يسترد ملكه من أي يد كانت وهذا ما يسمى بدعوى الاستحقاق وأن يطلب منع تعرض الغير لملكه و هذا ما يسمى بدعوى منع تعرض في الملكية و له أيضاً أن يطلب وقف كل عمل في ملكه، وهذا ما يسمى بدعوى منع أو وقف العمال الجديدة في الملكية حيث يكون المالك في كل هذه الدعاوى مطالباً بإثبات حق ملكيته وتبعاً لذلك سندرس كل دعوى في فرع مستقل ولو أننا سندرس بشيء من التفصيل دعوى الاستحقاق نظراً لأنها أهم هذه الدعاوى.

الفرع الأول : دعوى الإستحقاق

الفرع الثاني : دعوى منع التعرض في الملكية

الفرع الثالث : دعوى وقف الأعمال الجديدة في الملكية

ثم نختم دراستنا لهذا المطلب بإشكالية تضارب رأي القضاة بشأنها وهي في حالة رفع إحدى دعاوى الملكية دون تقديم السند القانوني الذي يثبت ملكية المدعى للعقار محل المطالبة القضائية.

الفرع الأول دعوى الإستحقاق

إن الحق مهما كانت طبيعته لا يكون له وجود قانوني، ما لم تكن هناك وسيلة قانونية تحميه، فالحق المجرد إذن من دعوى قضائية يكون له الوجود المادي دون الوجود القانوني ولما كانت دعوى الاستحقاق هي أهم الدعاوى وأكثرها انتشارا في الواقع العملي سنخصص لها حصة الأسد من هذا البحث من خلال دراسة أحكامها فمن هما طرفا الدعوى ؟ وما هو المحل الذي تنصب عليه ؟ كيف يتم إثباتها ؟ وما هو أجل سقوط هذه الدعوى ؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال دراستنا لهذا الفرع .

أولا : طرفا دعوى الإستحقاق

دعوى الاستحقاق تخضع للقواعد العامة في رفع الدعاوى، حيث ينعقد الاختصاص فيها لمحكمة موقع العقار لكونها دعوى عينية لها طرفين المدعي والمدعى عليه.

1- المدعى: هو من يطالب بملكية العقار، فلا يعقل أن يطالب المالك بملكية عقار في حيازته لأنه يطلب استحقاق عقاره عندما يخرج من حيازته إلى حيازة شخص آخر، أما لو كان المالك في دعوى الاستحقاق هو نفسه الحائز، فمن الأفضل له أن يرفع دعوى منع التعرض في الملكية، فلو استوفت حيازة المدعي للشروط المقررة قانونا، كان من الأنسب أن يرفع دعوى منع التعرض في الحيازة، ذلك أن الحيازة واقعة مادية، وهي أسهل من حيث وسائل الإثبات.

2- المدعى عليه: هو عادة الحائز للعقار الذي وصل العقار إليه بإحدى الطرق التالية:

أ- الإهمال:

وهو التخلي الإرادي عن حق أو التزام⁽¹⁾ بعد إهمال المالك لعقاره بإرادته، يأتي الغير و يصبح يظهر بمظهر المالك، أو يبقى العقار دون مالك⁽²⁾، المالك في هذه الحالة يستعيده دون اللجوء إلى القضاء .

ب- وضع اليد من طرف الغير

وهو أن يباشر شخص هيمنة أو سيطرة مادية على شيء يملكه الغير، دون أن يبرر ذلك بأي سند خلافا للحيازة التي هدفها في نية الحائز مباشرة حق عيني⁽³⁾. فإذا قام المالك بتمكين الغير من وضع اليد على عقاره بموجب عقد قرض، إيجار إيداع أو وكالة.. الخ، ففي هذه الحالة لا يستطيع ممارسة دعوى الاستحقاق العينية ضد واضع اليد الذي رفض أن يعيد إليه عقاره⁽⁴⁾، لكن له حق دعوى شخصية تستند إلى العقد فلا يستطيع أن يثبت ملكيته لكن فقط إثبات العقد الذي كان محله عقاره (ملكه).

ج- حيازة الغير

دعوى الاستحقاق تفترض أن المالك موجود في نزاع مع الحائز، في هذه الحالة يجدر به تجنب رفع دعوى الاستحقاق، حتى لا يطالب بإثبات ملكيته. لكن عمليا قد يرفع المالك دعوى ضد الحائز، هذا الحائز الذي ترفع عليه دعوى الاستحقاق سواء تمّ تبليغه بذلك عن طريق محضر قضائي، أو أنه علم بذلك، فيلجأ إلى التخلي أو التنازل عن الحيازة لشخص آخر، وهو بهذا يقدم دفعا بانعدام صفته كحائز⁽⁵⁾ ومن ثم الحكم بعدم قبول الدعوى شكلا. فتتوافر فيه سوء النية لأن غرضه من هذا عدم تمكين المدعي المالك من استرداد ملكه وإرباك هذا الأخير.

(1) - راجع في ذلك : إيتسام القرام ، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري . قصر الكتاب 1998 . ص 1

(2) - أنظر : 8^{ème} , biens , 2^{ème} volume, leçons de droit civil tome II, 364 p. éditions françois chabas

(3) - راجع في ذلك : إيتسام القرام ، المرجع السابق ، ص 97

(4) - راجع في ذلك : françois chabas op- cit page 364

(5) - راجع في ذلك : شروط قبول الدعوى المادة 459 ق . إجراءات مدنيه

في هذه الحالة أجاز الفقه والقضاء المقارن قبول دعوى الاستحقاق على الحائز الذي تنازل عن حيازته للعقار محل المطالبة القضائية ليقع على عاتق هذا الحائز استعادة العقار من الشخص المتنازل له، وإذا تعذر عليه ذلك يجب عليه دفع قيمة العقار إضافة إلى التعويض عن جبر الضرر إذا كان له مقتضى، نتيجة حكم القاضي بعد أن يثبت المدعي بطبيعة الحال أن المدعى عليه كان يحوز العقار وأنه تخلّى عن حيازته بعد إعلانه بالدعوى أو قبل ذلك وهو سيئ النية.

كما يجوز للمالك أن يرفع دعوى استحقاق على الحائز الجديد الذي يصبح هو في مركز المدعى عليه، فإذا قضي له بإسترداد ملكه، كان المدعي ملزماً بأن يرد للحائز الأول ما يكون قد استوفاه منه مقابل العقار بعد أن يخصم منه ما يكون قد طرأ على العقار من نقص في قيمته، وكذلك التعويض المستحق عن الضرر الذي لحقه جرّاء حرمانه من الانتفاع بهذا العقار (1).

* آثار دعوى الإستحقاق :

إذا قضي في دعوى الاستحقاق باستحقاق المدعي للعقار المدعى بملكيته فإنه يحكم في الوقت ذاته بإلزام المدعى عليه الحائز بتسليم العقار المدعي. وإذا كان المدعى عليه قد تحصل على العقار المطالب به بموجب عقد بيع أبرمه مع غير المالك ودفع له الثمن، فلا يحق للمدعى عليه الرجوع على المدعي الذي استحق العقار لأن هذا الأخير لم يكن طرفاً في العقد، وليس ملزماً بالتالي بالضمان، وإنما يجب عليه أن يرجع على البائع بالثمن و بضمان الإستحقاق (2)، طبقاً لما تقضي به القواعد العامة في ضمان البيع، والمستقر عليه في الفقه أن هذا الحكم يطبق حتى ولو كان الشراء قد تم بالمزاد العلني تنفيذاً لدين.

(1) - راجع في ذلك : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج8، ص 596

(2) - راجع في ذلك : خليل أحمد حسن ققادة ، المرجع السابق ، ص 159

ويترتب على الحكم باستحقاق المدعي للعقار ما يلي:

- 1- لمالك العقار الرجوع على حائزه فيما يتعلق بالثمار والمنتجات وهلاك العقار أو تلفه - فيما يخص الثمار، فإنه طبقا للمادة 838 ق.م. تلزم الحائز سيئ النية من الوقت الذي يصبح فيه سيئ النية أن يرد الثمار التي قبضها والتي قصر في قبضها، غير أن له أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار.
- أما الملحقات فيلتزم الحائز بردها كلها أو قيمتها.
- أما الهلاك والتلف، فإنه وحسب المادة 843 ق.م. فإن الحائز سيئ النية يكون مسؤولا عن هلاك العقار أو تلفه، ولو كان ذلك ناتجا عن حادث فجائي، إلا إذا أثبت أن العقار كان سيهلك أو يتلف ولو بقي في يد من يستحقه، وتنص المادة 842 /ف2 من القانون المدني أن حائز العقار لا يكون مسؤولا إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت عن هذا الهلاك أو التلف
- 2- لحائز العقار الرجوع على مالكة فيما يتعلق بالمصروفات التي يكون قد أنفقها، و المنشآت التي يكون قد أقامها.

- المصروفات نصت عليها المادة 839 ق.م. فيكون المالك الذي استرد ملكه ملزما بدفع جميع المصروفات التي أنفقها الحائز، أي المصروفات اللازمة، أما المصروفات النافعة فتطبق بشأنها المادتين 784 و 785 المتعلقة بالالتصاق كسبب من أسباب اكتساب الملكية العقارية الخاصة، أما المصروفات الكمالية فليس للحائز أن يطالبها بشيء منها.

وفي حالة إقامة منشآت يجوز للحائز إزالتها شرط أن يرد الشيء إلى حالته الأولى إلا إذا اختار المالك استبقاءها مقابل دفع قيمتها، حالة الهدم، أما فيما يتعلق بالمنشآت فإنها تصبح ملكا لمالك العقار بحكم الالتصاق، ويلتزم في هذه الحالة المالك بتعويض من أقام المنشآت طبقا للقواعد المنصوص عليها في المواد من 784 و 790 من القانون المدني المتعلقة بالالتصاق.

ثانياً : محل دعوى الإستحقاق

دعوى الإستحقاق دعوى عينية، ومحلّها هو المطالبة بملكية عقار تحت يد الغير، إذن فهي دعوى يرفعها المالك للمطالبة بملكه تحت يد الغير ⁽¹⁾، وهي بذلك تقوم لحماية حق الملكية فقط، لتقتصر بذلك على الدعاوى العينية التي يطالب فيها بالملك، وعليه يخرج من دائرة دعوى الإستحقاق الدعاوى التالية:

- 1- الدعاوى العينية التي يطالب فيها المدعي بحق عيني آخر غير حق الملكية، كحق انتفاع إرتفاق ذلك أن هذه الدعاوى هي دعاوى بإقرار حق عيني ⁽²⁾ وإذا تمسك الغير بحق عيني على عقار المالك، فيمكن لهذا الأخير أن يرفع دعوى إنكار لحق عيني على هذا الغير.
- 2- الدعاوى العينية التي يطالب فيها المدعي بردّ الحيازة، وتسمى هذه الدعاوى بدعوى إسترداد الحيازة، وهي من دعاوى حماية الحيازة، وليست بدعوى استحقاق.

- 3- الدعاوى الشخصية التي يطالب فيها المدعي بردّ الشيء إليه، ومثالها: دعوى فسخ البيع حيث يلتزم البائع فيها بردّ الثمن و المشتري بردّ الشيء المبيع، ودعوى الرجوع في الهبة ⁽³⁾ حيث يلتزم الموهوب له بردّ الشيء، ودعوى المؤجرّ على المستأجر لرد العين المؤجرة لأن هذه الدعاوى تستند إلى إلتزامات شخصية، نشأت عن عقود البيع، الهبة، الإيجاز ويطالب فيها المدعي بإثبات العقد منشئ الإلتزام بردّ الشيء، وليس بحاجة إلى إثبات الملكية.

ثالثاً : طرق إثبات دعوى الإستحقاق

لقد تطرقنا إلى مسألة إثبات الملكية العقارية في المبحث الأول بشكل واسع ونشير بإختصار إلى طرق إثبات دعوى الإستحقاق .

(1) - راجع في ذلك : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج8، ص 591

(2) - راجع في ذلك : أنور طلبة ، الوسيط في القانون المدني ، المرجع السابق، ج 11 ، ص 11

(3) - راجع في ذلك : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج8، هامش . ص 592

- 1- وجود دفتر عقاري بعد عملية المسح: وهنا نكون بصدد إثبات الملكية بدلالة قطعية يقينية، ويحتج به على الكافة بما في ذلك الحائز لمدة طويلة.
- 2- وجود محرر رسمي مشهر بالمحافظة العقارية: كعقود الشهرة وشهادة الحيازة الأحكام القضائية.
- 3- وجود محرر عرفي إكتسب تاريخا ثابت: قبل 1971/01/01م
- 4- وجود محرر غير ثابت التاريخ أو ثابت التاريخ: بعد 1971/01/01م

رابعاً : تقادم دعوى الإستحقاق

- إذا كانت الملكية حقا دائما، فلهذه الديمومة معنيان:

أولهما : أنه حق يدوم بدوام محله

ثانيهما : أنه لا يسقط بعدم الاستعمال

وما يترتب عن هذه الخاصية " الدوام " أن الملكية لا تسقط أبدا عن المالك ⁽¹⁾ ، لذلك يستطيع هذا الأخير في أي وقت يشاء أن يرفع دعوى الاستحقاق ، فليس لهذه الأخيرة أجل محدد تزول بانقضائه ، رغم أن الحقوق العينية الأخرى تزول بعدم الاستعمال لمدة معينة ⁽²⁾ كحق الارتفاق مثلا المادة 879 ق مدني ، حق الانتفاع المادة 852 ق مدني وحق الاستعمال والسكنى المادة 857 ق مدني ، وكذلك الحقوق الشخصية تزول هي أيضا بالتقادم المسقط . وتختلف دعوى الاستحقاق عن باقي الدعاوى في أنها لا تتقادم ⁽³⁾ ، لذلك فمهما طال الزمن فإن الحكم المقرر لهذا الحق لا يسقط أبدا بالتقادم . وينتج أثره ولو لم ينفذ ، حتى لو خرج الشيء من حيازة مالكه ، فهو لا يفقد ملكيته بعدم الإستعمال ، وله أن يرفع دعوى الإستحقاق بعد 15 سنة أو 30 أو 40 سنة أو أكثر ⁽⁴⁾ .

(1)- راجع في ذلك : قمر محمد مرسي ، الموسوعة الجامعة في التعليق على القانون المدني ، الجزء 8 ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ط 2003 ، ص 4923

(2)- رجع في ذلك : عبد الرحمن ملزي ، محاضرات في القانون المدني ، التكوين المتخصص في العقاري ، الدفعة 3 . المعهد الوطني للقضاء ، السنة الأكاديمية ، أكتوبر 2002 .

(3)- راجع في ذلك : François chabas: op cit . page 363

(4)- راجع في ذلك : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ج8، ص 599

إلا أن حق المالك في هذه الحالة ليس حق مطلقاً، إذ يمكن للغير أن يكسب هذه الملكية إذا توافرت له الحيازة الصحيحة بالشروط التي استلزمها القانون حسب المادة 828 ق مدني وذلك طبقاً لسبب من أسباب إكتساب الملكية العقارية وذلك بالتقادم المكسب سواء كان طويل المدة 15 سنة أو قصير المدة 10 سنوات مستند إلى حسن النية وسبب صحيح حتى لو كان عقداً عرفياً ثابت التاريخ، ويترتب على هذا أن الملكية تزول عن المالك الحقيقي، بحيث لا يمكن له أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز لأنه وكما قلنا أن الملكية ليست حقاً مطلقاً لا حد له بل هو وظيفة اجتماعية⁽¹⁾ يجب على المالك أن يقوم بها، ويستحق بموجب ذلك الحماية التي قررها له القانون كما أن الاجتهاد القضائي الفرنسي لم يميز بين دعوى الاستحقاق سواء كانت عقارية أو منقولة فهي لا تتقادم⁽²⁾.

وفي الحالة التي يفقد فيها المالك ملكيته فإن مرد ذلك لا يرجع أنه فقدها بعدم الاستعمال ولكن لكون الشخص الحائز قد كسب ملكيته بالتقادم المكسب.

وفي مقابل ما قلناه نجد أن المشرع الجزائري لم يحسم الأمر فيما يتعلق بالتقادم فنجد أن المادة 872 ق مدني، التي تنص على إكتساب الملكية بالتقادم لم تفرّق بين ما إذا كان العقار المكتسب ملكيته بالتقادم واقعا في منطقة ممسوحة أو غير ممسوحة ذلك انه يفتح ثغرات كثيرة تقلل من القوة الثبوتية للقيّد، ممّا يستوجب إعادة النظر في بعض أحكام الأمر 74/75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري الذي بموجبه تبنى المشرع نظام الشهر العيني، وكذلك إعادة النظر في أحكام القانون المدني. لجعل الحقوق المشهورة في المناطق الممسوحة غير قابلة للاكتساب بالتقادم.

(1) -راجع في ذلك : قمر محمد مرسي ، المرجع السابق ، ص 4923

(2) - راجع في ذلك : François chabas -op - cit - page 363

الفرع الثاني دعوى منع التعرّض للملكية

يتحقق فعل التعرّض للملكية، إذا كان العقار في حيازة المالك، و لكن قام شخص من الغير ينازعه فيه، ممّا يتحقق به التعرّض له، في هذه الحالة يجوز للمالك أن يرفع دعوى منع التعرّض للملكية لدرء تعرّض الشخص له الذي منعه من ممارسة سلطاته المخوّلة له قانوناً من استعمال، استغلال و تصرف (1).

وكمثال عن ذلك: محاولة شخص منع المالك من حرّث أرضه، أو منعه من البناء عليها، أو استعمالها، وفي هذا الصدد أصدرت المحكمة العليا قراراً مؤرخ في

1989/04/05م تحت رقم 52.039 م.ق. 1990، عدد 03. ص 44. «... ولما كان الثابت - في قضية الحال، أن دعوى الطاعنين تتمثل في أرض تم الاعتداء عليها من طرف المطعون ضدهم فإن قضاة الاستئناف بموافقتهم على الحكم المستأنف لديهم القاضي بعدم الاختصاص تنازلوا عن اختصاصهم المنصوص عليه بالمادة 01 ق. إ.م ، وتخلوا عن واجبه بالفصل في الدعوى ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه .» (2)

أحياناً قد يقع التعرّض للمالك، ولم يكن لهذا الأخير الدليل على ملكيته للعقار كما لو اكتسبه مثلاً بالتقادم، أو كان مورثه قد اكتسبه بذات الطريق، فإنه يلجأ إلى دعوى تثبيت الملكية (3)، ومنع تعرّض خصمه له ، وهو بذلك يتحمّل عبء إثبات توافر شروط كسب الملكية بالتقادم ، سواء بالنسبة له أو الورثة ، وله ضم مدة حيازته لمدة حيازة سلفه لتكملة مدة التقادم ، وعليه إذا توافرت لديه شروط التقادم قضي بتثبيت ملكية العقار ، ومنع التعرّض فيه هي هنا دعوى ملكية وليست من دعاوى الحيازة .

أما إذا كان لدى المالك دليل على ملكيته، كعقد مسجل صادر من المالك السابق أو حكم مسجل (مشهر)، فإنه في هذه الحالة لا يلجأ لدعوى تثبيت الملكية.

(1) - راجع في ذلك : حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، المرجع السابق ، ص 79

(2) - راجع في ذلك : حمدي باشا عمر : بحث بعنوان المنازعات العقارية ، المعهد الوطني للقضاء التكويني المتخصص في العقاري 2000-2001

(3) - راجع في ذلك : أنور طلبة ، المرجع السابق ، ص 51

وإنما إلى دعوى منع التعرّض إكتفاءً بثبوت ملكيته بالعقد أو الحكم المشهر أو بغيرها من سندات الإثبات.

لابد أن نشير إلى مسألة كثيرة الوقوع في الحياة العملية، حيث يلجأ بعض المواطنين إلى نشر إعلانات تتضمن اعتراضات مقدّمة إلى السادة الموثقين والمحافظين العقاريين، والإدارات، تدعوهم إلى عدم إبرام أو شهر أي عقد على عقار معين بحجة أنه محل نزاع أمام القضاء (1).

لذا لابد أن نتساءل إذا ما كانت هذه الاعتراضات مبنية على أساس قانوني أم فيها مساس بحق ممارسة الملكية ؟

ونحن بصدد الإجابة عن هذا السؤال، لابد أن نشير إلى أن حق التصرف في الملكية العقارية، حق مكفول دستوريا طبقا لنص المادة 52 دستور 1996، ومن الراسخ كذلك وجود حالة وحيدة توقف تنفيذ العقد الرسمي وهي حالة الطعن فيه بالتزوير إمّا:

* بموجب دعوى تزوير أصلية (2)

* بموجب دعوى تزوير فرعية (3)

وهذا ما أكدته المادة 324 مكرّر 06 من القانون المدني « يعتبر العقد الرسمي حجةً بمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة، وورثتهم وذوي الشأن غير أنه في حالة شكوى بسبب التزوير في الأصل، يوقف تنفيذ العقد محل الاحتجاج مؤقتاً بتوجيه الاتهام وعند رفع دعوى فرعية بالتزوير يمكن للمحاكم حسب الظروف إيقاف تنفيذ العقد مؤقتاً » وكذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ : 2000/07/11 تحت رقم 242.678 (4) .

(1) - راجع في ذلك : مجلّة الموثق ، العدد 1 ماي وجوان 2001 ص 48.47

(2) دعوى التزوير الأصلية هي دعوى جزائية .

(3) دعوى التزوير الفرعية هي إجراء يلجأ إليه أثناء الدعوى لدحض وثيقة لعدم صحتها أو تزويرها . أي أنها إجراء مدني يهدف إلى إثبات عدم صحة الوثيقة .

(4) مجلة قضائية ، عدد 01 ، سنة 2001، ص 196,197 .

وعليه فلا يمكن بأي حال من الأحوال للمواطنين نشر اعتراضات في الجرائد لكونها غير قانونية، ومنعذمة الأساس، ولا حتى لرؤساء المحاكم بمناسبة فصلهم في القضايا الإستعجالية، أن يقوموا برفع هذه الاعتراضات بمناسبة إلتماسهم من قبل المعارض ضدهم ذلك أنها ليس لها أثر موقف للتصرف في الملكية⁽¹⁾، ومن ثم يمكن للموثق تحرير العقد، و المحافظ العقاري شهره، وكمثال حي عن هذا الفهم السيئ نورد ماقتضت به المحكمة الإستعجالية لبرج بوعريريج في القضية رقم 2001/464 بتاريخ 2001/03/31 المنشور بجريدة الخبر ليوم 2001/05/17 أمرت المحكمة حال نظرها في القضايا الاستعجالية علنيا حضوريا ، ابتدائيا برفع الاعتراض المنشور في جريدة الخبر عن كل عملية بيع للمدعي ب م مع الأمر بنشر هذا الأمر على العمود بالجريدة .

الفرع الثالث

دعوى وقف الأعمال الجديدة في الملكية

قد ترفع دعوى وقف الأعمال الجديدة، ويستند المدعي في ذلك إلى واقعة الحيازة، فتكون حينئذ من دعاوى الحيازة، وبالتالي تخضع لقواعدها وقد يستند المدعي إلى ملكيته للعقار فتكون من دعاوى الملكية، وبالتالي يقع عليه عبء إثبات ملكيته للعقار الذي وقع الإعتداء عليه.

فدعوى وقف الأعمال في الملكية عبارة عن تهديد للملكية، أي الشروع في أعمال من شأنها حرمان المالك من ملكيته⁽²⁾. فقيام شخص أجنبي بتشجير، وغرس أرض دون إذن من صاحبها، أو قيامه بتشييد مباني أو منشآت دون ترخيص من المالك.

كما قد يقوم الجار بمناسبة بناء مسكنه بسلب جزء من الملك المجاور، فيطلب صاحبه وقف هذا البناء، وقد يتمثل الاعتداء في قيام الجار بالبناء داخل ملكه، ولكنه يعتدي على حق إرتفاق مقرر لعقار جاره، فيطلب هذا الأخير وقف هذا الاعتداء فور البدء فيه.

(1) - (2) - راجع في ذلك: حمدي باشا عمر : المرجع السابق ص 81

مع العلم أنه يشترط لقبول تلك الدعوى ألا تكون الأعمال قد تمت، فإن كانت قد تمت فعلى الجار أن يلجأ إلى طلب التنفيذ العيني بالإزالة أو التعويض⁽¹⁾. وفيما يخص دعوى وقف الأعمال الجديدة نجد قرار شهير للغرفة المدنية الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية. أين شركة مدنية عقارية قامت بهدم بنايات ثم بناء عقارات أخرى، أين تضرر من ذلك ملاك العمارة المجاورة، ونظرا للأضرار التي أصابتهم احتجوا بسبب الأضرار اللاحقة بهم جراء أشغال البناء، حيث أن محكمة الاستئناف أقرت بأن الشركة العقارية مسؤولة عن الضرر اللاحق بسكان العمارة المجاورة. وبالتالي القضاء بصحة الطعن المقدم، بوقف أشغال الشركة العقارية⁽²⁾.

بعد دراستنا لدعوى الملكية الثلاث، لابد من الإشارة إلى أن الواقع العملي يعج بالإشكالات، وهذا ما ينعكس على موقف القضاء من الدعوى المرفوعة إليه، لذلك هل يمكن القول بأن القاضي يستطيع بسط الحماية القضائية على أشخاص يرفعون إحدى دعوى الملكية الثلاث دون تقديمهم للمناقشة السند القانوني الذي يثبت تملكهم العقار محل المطالبة القضائية؟

إن الإجابة عن هذه الإشكالية، وإن كانت تبدو للوهلة الأولى بسيطة، بقدر ما أثارت إختلافا في التطبيق على مستوى المحاكم، حيث إنقسم موقف القضاء إلى موقفين:

الموقف الأول

القاضي ملزم بقبول دعوى رفعت من قبل شخص يدعي ملكية عقار في منطقة لم تشملها عملية المسح⁽³⁾ دون أن يفرض على رافع الدعوى تقديم سند الملكية.

(1) - راجع في ذلك : أنور طلبة ،المرجع السابق ،ص 62

(2) - راجع في ذلك : M .jean Denis bredin propriété et droit réel . Revue trimestrielle de droit civil tome 73. Sirey paris . année 1974

(3) - ذلك أنه بعد عملية المسح يصبح الدفتر العقاري سند الملكية الوحيد قرار المحكمة العليا رقم 197.920

هذا ما أكدته الغرفة العقارية للمحكمة العليا في قرارها رقم 15865 مؤرخ في 1998/02/25 م.ق 1998 . عدد 01. ص 74 (حيث بالفعل ومثلما يستخلص من قراءة الحكم المؤيد في صفحة "2" أن عليه أن يتمسك بالحيازة المكتسبة منذ 1946 للقطعة الأرضية المتنازع عليها وهذا مع طلبه إبعاد طلبات المدعي لانعدام الصفة لسبب واحد وهو أن هذا لم يقدم أي وثيقة يمكن أن تثبت صفته كمالك.

وأن المجلس بتأييده للحكم محل الاستئناف قد رفض من حيث الشكل صفة المدعي كمالك، في حين أن هذا الشكل مسألة تتعلق بالموضوع، تم تسويتها بإجراء تحقيق مناسب طبقا لمقتضيات المادة 43 من قانون الإجراءات المدنية.

وزيادة على ذلك فإن هذا الإجراء قد طلب، وأن كثيرا من الملكيات هي بدون سندات نظرا لعدم تعميم عملية مسح الأراضي وانعدام العقود. وأنه بهذا، فإن إجراء تحقيق وحده يمكن أن يسمح بإثبات صفة الأطراف من عدمها كمالكين أم لا، بالنظر إلى أن نفس المدعي عليه الذي لا يستند إلا على التقادم المكسب، وليس على أي مصدر للملكية.

وأنه نتيجة لذلك، فالقرار يستحق النقض لكونه أعتبر عن خطأ أن الصفة مسألة تتعلق بالشكل في حين أنها تشكل في حد ذاتها مسألة تتعلق بالموضوع بحيث يجب على الجهات القضائية معانة ثبوتها أو رفضها.⁽¹⁾

الموقف الثاني

لا يمكن للقاضي قبول دعوى الملكية من طرف شخص لا يملك سند قانوني يبرر به وضع يده على العقار مهما طال أمدّ وضع يده عليه، وهو ما ذهبت إليه الغرفة الثالثة لمجلس الدولة في القرار رقم 140061 مؤرخ في 1998/12/07م " غير منشور " .
(حيث أن المستأنف يتمسك بأنه يشغل قطعة الأرض المتنازع عليها منذ أكثر من 50 عاما وهذا بصورة مستمرة ودون إنقطاع.... ولكنه حيث أنه وتدعيما لادعاءاته فإن المستأنف لم يقدم أي سند أو أي عقد لإثبات صحة أقواله.

(1) - راجع في ذلك : حمدي باشا عمر . حماية الملكية العقارية ، المرجع السابق ، ص 122

وأنة يتعين تأييد قرار الغرفة الإدارية لمجلس بجاية القاضي برفض طلب المستأنف الرامي إلى إلزام رئيس البلدية "قناية" بإرجاع القطعة الأرضية.

الموقف الراجع

نعتقد أن الاتجاه الثاني المستند إلى موقف الغرفة الثالثة لمجلس الدولة هو الأول بالترجيح للأسباب التالية:

1- الرأي الأول غير سديد، ذلك أن المشرّع الجزائري ونظر لأن عملية المسح لم تشمل سوى بلديات فقط. فقد عمد إلى إصدار مرسومين شهيرين قصد تسوية وضعية العقارات التي لم تحرر عقودها. ليحصل أصحاب هذه الملكيات على سند قانوني يبرر وضع يدهم على العقار.

* الأول : المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21م : المتضمن إجراء إثبات التقدم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية .

* الثاني : المرسوم التنفيذي رقم 254/91 المؤرخ في 1991/07/27م : المتضمن كيفية إعداد شهادة الحيازة وتسليمها الذي جاء تطبيقا للمادة 39 من قانون التوجيه العقاري .
وما دامت القاعدة المعروفة أنه " لا يعذر أحد بجهل القانون " فيفترض أن القاضي عليه توجيه المتقاضين إلى تسوية وضعيتهم داخل هذا الإطار القانوني لا أن يتجاهله ويغفل عن تطبيقه .

2- الحيازة في ظل أحكام التشريع العقاري لا ترتب أثرها المكسب للملكية إلا بإشهار الحائز لملكيته التي استوفت مدة التقدم المطلوبة طبقا لإحكام المادة 15 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ذلك أن كل من يدعي ملكية عقار أو أي حق عيني عقاري يجب عليه إثبات ذلك بالشهر في مجموعة البطاقات العقارية.

3- المستقر في الفقه الإجرائي أن الصفة ⁽¹⁾ في رفع الدعوى تعني علاقة رافع الدعوى بالحق موضوع الطلب القضائي.

(1) - وذلك حسب نص المادة 459 ق. إجراءات مدنية .

لذلك على المتقاضي رافع أحد دعاوى الملكية أن يثبت علاقته بالعقار الذي يدعي ملكيته بإحدى الوسائل المخولة قانونا في إثبات الملكية العقارية طبقا لنص المادة 29 من قانون التوجيه العقاري، أي بعقد رسمي يخضع لقواعد الشهر العقاري. ذلك أن الرسمية ركن ركين في العقد⁽¹⁾، وعليه فإن الغرفة العقارية قد جاءت بالصواب عندما فرضت على قضاة الموضوع إجراء تحقيق " خبرة " لإثبات صفة الأطراف كمالكين أم لا⁽²⁾.

المطلب الثالث :

طرق إثبات الملكية في دعاوى الملكية وشهر الدعاوى العقارية

لابد لرافع إحدى دعاوى الملكية أن يستظهر بالسند الذي يثبت به مركزه القانوني كمدعي، وإلا تعرض لعدم قبول دعواه شكلا لتخلف شرط الصفة طبقا لما تقضي به المادة 459 ق إ م، إلا أنه وأحيانا قد تعرض حالات على القاضي يكون لكلا طرفي الدعوى سند ملكية، وحالات أخرى، لا يكون لأي أحد منهما سند ملكية، وأخرى يكون لأحدهما دون الآخر سند ملكية، لتتجلى لذلك السلطة التقديرية للقاضي في تأسيس حكمه في كل حالة. ولما كانت الدعاوى العقارية يطالب فيها بإثبات صفة المدعي كمالك بسند رسمي مشهر هل يمتد ذلك إلى الدعاوى الرامية إلى فسخ أو إبطال أو إلغاء حق من الحقوق الناتجة عن وثائق تم شهرها بالمحافظة العقارية: بحيث يجب شهر العريضة الافتتاحية للدعوى، فهل يعدّ هذا قيда على رفع الدعاوى العينية العقارية أم لا ؟ وما هي الآثار المترتبة؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه في فرعين:

الفرع الأول : وجود سند ملكية أو عدم وجوده بين المتقاضين ؟

الفرع الثاني : شهر الدعاوى العقارية والآثار المترتبة عنها ؟

(1) - راجع : حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق : هامش، ص 115

(2) - راجع المادة 43 قانون الإجراءات المدنية .

الفرع الأول:

وجود سند الملكية أو عدم

وجوده بين المتقاضين

رأينا بأنه يجب توافر سند الملكية للخصم " المدعي " رافع الدعوى حتى يثبت علاقته بالعقار المتنازع عليه ، لكن قد يثور الإشكال أحيانا في حالة ما إذا كان للمدعي والمدعى عليه ما يثبت ملكية كل منهما للعقار ، وأحيانا لا يكون لأي منهما سند ملكية ، وأحيانا أخرى يكون لأحدهما دون الآخر ، فما هو الحل في كل هذه الحالات وكيف يكون موقف القاضي وهل يمكن له ترجيح دليل على آخر أم لا ؟

أولا : يوجد سند ملكية عند كل من الخصمين

في هذه الحالة نميز بين فرضين:

الفرض الأول :

أن يكون سند ملكية الخصمين صادرين من شخص واحد، كأن يكون المدعي قد تحصل على ملكية العقار بموجب عقد بيع صادر من شخص معين، ويتمسك المدعى عليه "الحائز " بعقد بيع آخر صادر من نفس الشخص، في هذه الحالة تكون العبرة بالأسبقية في التسجيل " الشهر " سواء كان المدعي أو المدعى عليه. فيقضى لصالح صاحب العقد الأسبق في التسجيل، حتى لو سجلا في يوم واحد فنأخذ بعين الاعتبار ساعات الشهر. أمّا إذا كان كلا من السندين غير مسجل " مشهر "، فأسبقهما في التاريخ هو الذي يعتد به، ويقضى لصالح صاحبه. كما في حالة " الوصية اللاحقة تلغي الوصية السابقة " (1).

الفرض الثاني :

أن يكون سندان صادرين من شخصين مختلفين، فيتمسك المدعي مثلا بسند بيع صادر له من (أ) ، في حين المدعى عليه الحائز يتمسك بسند بيع صادر له من (ب) .

(1) - راجع في ذلك : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج8، ص 610

وفي هذه الفرضية يرى القضاء الفرنسي أن نميز بين حالتين:

الحالة الأولى : إذا كانت حيازة المدعى عليه غير محققة وغير مستوفية لشروطها أو كانت معيبة ، ففي هذه الحالة لا يستطيع المدعى عليه أن يرجح المدعي عن طريق الحيازة وبالتالي لا تبقى سوى المفاضلة بين سندي الخصمين وذلك حسب السلطة التقديرية للقاضي الذي يرجح السند الأقوى في الإثبات ويقضي لصالح صاحبه . فلا يفضل السند الأسبق في التاريخ ، لكن الأسبقية في التاريخ يعتد بها عاملا من عوامل التفضيل ⁽¹⁾ إلى جانب عوامل أخرى .

الحالة الثانية : إذا كانت حيازة المدعى عليه محققة ومستوفية لشروطها ، في هذه الحالة تقضي المحكمة لصالح المدعى عليه ، وترفض دعوى الاستحقاق ، لأن كلا من الخصمين قدّم سندا يعادل السند الذي قدمه الخصم الآخر ، فتثور المنافسة بين السندين ويبقى المدعى عليه هو الرّاجح بحيازته المحققة سواء كان سنده سابقا أو لاحقا لسند المدعي في التاريخ إلا أن هذه القاعدة يرد عليها إستثناءا وحيدا يتمثل في ما إذا أثبت المدعي أن سلفه الذي تلقى منه السند كان سيفوز على السلف الذي تلقى منه الحائز سنده لو أن دعوى الاستحقاق أقامها أحدهما على الآخر ، فعندئذ يكون سلف مدعي الملكية هي الراجعة على ملكية سلف الحائز وقد تلقى المدعي هذه الملكية الراجعة بموجب سنده فيقضى له باستحقاق العقار ⁽²⁾ .

ثانيا : لا يوجد سند ملكية عند أي من الخصمين

في هذه الحالة أيضا نميز بين فرضين:

الفرض الأول : إذا كانت حيازة المدعى عليه قانونية مستوفية لشروطها ، فتقوم هذه الحيازة قرينة على الملكية لم يدحضها سند تملك من المدعي ، وفي هذه الفرضية يقضى لصالح المدعى عليه ، وترفض دعوى الاستحقاق ، وقد يكون الحائز هو المدعي ورفع دعوى استحقاق على المتعريض له في الملكية وهذا قد يقع أحيانا ، فإذا كانت الحيازة قانونية مستوفية لشروطها . قضي لصالح المدعي باستحقاق العقار .

(1) - راجع في ذلك : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ج8، ص 610

(2) - راجع في ذلك : المرجع السابق، ج8، ص 611

الفرض الثاني :

إذا كانت حيازة المدعي أو المدعى عليه، غير مستوفية لشروطها، فلا تكون الحيازة في هذا الفرض قرينة على الملكية، ومن ثمّ يفاضل القاضي بين القرائن التي يقدّمها كل من الخصمين، فإذا إستند كلاهما إلى قرينة الحيازة غير مستوفية لشروطها كما لو كان كلّ منهما حائز العقار على التوالي، يفاضل القاضي بين الحيازتين ويختار الحيازة الأفضل، ويقضي لصاحبها، فيرفض دعوى الاستحقاق أو يقضى بالملكية للمدعي حسب الظروف.

وقد يقدم أحد الخصمين قرينة الحيازة غير المستوفية لشروطها، ويقدم الخصم الآخر قرائن أخرى، كدفع ضرائب العقار المتنازع فيه ⁽¹⁾ أو وجود حدّ ظاهر المعالم للعقار المتنازع فيه أو غير ذلك من القرائن، بل قد يقدّم أحد الخصمين الحيازة وبعض هذه القرائن، ففي هذه الحالات يفاضل القاضي بين قرائن المدعي والمدعى عليه ، ويقرّر أي القرائن أرجح فيحكم لصالح صاحبها .

ثالثا : يوجد سند تملك عند أحد الخصمين دون الآخر

- فإذا كان من يملك سند الملكية هو المدعى عليه الحائز للعقار قضى لصالحه، ورفضت دعوى الاستحقاق، ذلك أن الحائز قد جمع بين الحيازة وسند الملكية ⁽²⁾ .
- أمّا إذا كان من عنده سند الملكية هو المدعي، فيقضى لصالحه بالملكية
- أمّا إذا لم يكن سند ملكية المدعى سابقا وكانت حيازة المدعى عليه هي السابقة، فاضل القاضي بين الخصمين تبعا لظروف كلّ قضية.

(1) - راجع في ذلك : المرجع السابق ص 612

(2) - راجع في ذلك : المرجع السابق ص 613

الفرع الثاني :

شهر الدعاوى العقارية والآثار المترتبة عنها

إن عملية الشهر في التشريع العقاري لا تقتصر على التصرفات القانونية الواردة على العقارات، لذلك وجدت وسيلة ثالثة للشهر العقاري وهي " التأشير الهامشي " ⁽¹⁾ بالنسبة للدعاوى القضائية العقارية الرامية إلى فسخ، إبطال، إلغاء حق من الحقوق ⁽²⁾ ناتجة عن وثائق تم شهرها بالمحافظة العقارية.

لكن على الصعيد العملي طرح إشكالا هاما يمكن بلورته في التساؤل التالي:
هل شهر الدعاوى العينية العقارية يعدّ قيّدا على رفع الدعوى ؟ وما هي الآثار المترتبة على عملية شهر الدعاوى العقارية ؟

أوّلا : الدعاوى القضائية واجبة الشهر

لقد نصّت المادّة 85 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على ما يلي: « إنّ الدعاوى القضائية الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها، لا يمكن قبولها إلّا إذا تم شهرها مسبقا، وإذا تمّ إثبات هذا الإشهار بموجب شهادة من المحافظ العقاري أو تقديم نسخة من الطلب الموجود عليه تأشير الإشهار » ⁽³⁾.

ويتم هذا الإشهار أمام القضاء بوسيلتين:

- 1- إمّا بموجب شهادة تسلّم من طرف المحافظ العقاري المتواجد بدائرة إختصاصه العقار المتنازع عليه
- 2- التأشير في أسفل العريضة الافتتاحية على قيام الإشهار. ⁽⁴⁾

(1)- راجع في ذلك : عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 5

(2)- راجع في ذلك : B . laatrous : op cit , page 134

(3)- راجع في ذلك : خالد رمول ، المرجع السابق ، ص 41

(4)- راجع في ذلك : حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية ، المرجع السابق : الهامش ، ص 109

وعليه فهناك مجموعة من الدعاوى العينية العقارية التي أوجب شهرها بموجب المرسوم 63/76 على مستوى المحافظة العقارية، وإذا قلنا بشهر الدعاوى العقارية فإننا نقصد شهر العريضة الافتتاحية للدعوى في البطاقات العقارية، على مستوى المحافظات العقارية. وكثيرا ما تتردد أخطاء في الواقع العملي مفادها، قيام بعض المتقاضين بإدخال المحافظ العقاري في الخصومة بدلا من إشهار الدعاوى بإحدى الوسيلتين المنصوص عليهما في المادة 85. مرسوم 63/76 ، وهذا ما يعد فهما سيئا للمادة .

وفيما يلي سنتعرض للدعاوى التي نصت عليها المادة 85 من المرسوم الآنف الذكر:

1- دعوى الفسخ

ترفع هذه الدعوى في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته، كأن يمتنع المشتري عن تسديد ثمن العين المباعة المتبقي في ذمته، إذا كانت عملية البيع قد تمت بالتقسيط، فدعوى البائع هنا ضد المشتري بفسخ عقد البيع تستند إلى حق شخصي يتمثل في حق البائع في طلب الفسخ لعدم تنفيذ المشتري لالتزاماته بدفع كامل الثمن و كذلك على حق عيني⁽¹⁾، وهو حق البائع في إسترداد العقار الذي تعود ملكيته إليه بعد الفسخ.

2- دعوى الإبطال

ترفع هذه الدعوى في حالة ما إذا إختل شرط من شروط صحة العقد، كانهدام الأهلية أو عيب من عيوب الرضا كالتدليس، الإكراه، الغلط، الغبن والاستغلال كما في حالة بيع عقار مملوك على الشيوع لـ ثلاثة أشخاص إلى شخص آخر، فإذا أراد هذا الأخير رفع دعوى إبطال رفعها على جميع المالكين في الشيوع تطبيقا لشرط الصفة في الدعوى .

(1) - دعوى الفسخ تستند إلى حق شخصي ، وبالتالي يجوز رفعها أمام محكمة موطن المدعى عليه الم 8 ق إ م أو أمام محكمة موقع العقار بإعتبارها دعوى عقارية ، وبالتالي للمدعي الخيار بين المحكمتين اللتان تشتركان في الاختصاص : وبالتالي فهي دعوى مختلطة الم 9 ق إ م .

3- دعوى الإلغاء

ترفع في حالة إلغاء عقد إداري ناقل للملكية، مثل طلبات إلغاء عقود التنازل التي تمت في إطار القانون رقم 01/81 مؤرخ في 1981/02/07م المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للقطاع العمومي.

4- دعوى النقض

ترفع في حالة المطالبة بنقض القسمة الودية طبقاً لنص المادة 732 ق مدني .
أمّا دعوى الأخذ بالشفعة فلا تدخل ضمن الدعاوى المذكورة على سبيل الحصر في نص المادة 85 من المرسوم المذكور، ذلك أن تثبيت عقد الشفعة ليس من طبيعته التأثير على فحوى العقد المشهر ذاته من حيث البيانات الخاصة بالعقار أو الحقوق العينية المترتبة عنه¹⁾ ولقد انقسم موقف القضاء بشأن وجوب شهر الدعاوى العينية العقارية إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول

شهر الدعاوى العقارية في المحافظة العقارية يعدّ قيداً على رفع الدعاوى، إستناداً إلى نص المادة 85 من المرسوم 63/76 الأنف الذكر، وذلك تحت طائلة عدم القبول⁽²⁾ وهذا الإتجاه كرسه القضاء الإداري وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة، الغرفة الأولى في القرار رقم 203 024 المؤرخ في 2000/06/12م: « ففي الدعاوى العقارية والإدارية المتعلقة بعقار والرامية إلى إبطال العقود المشهورة بالمحافظة العقارية تشترط المادة 85 من المرسوم 63/76 لقبول دعوى شهر العريضة الإفتتاحية مسبقاً لدى المحافظة العقارية المشهر لديها العقد وهو شرط لقبول الدعوى.» أي عدم قبول الدعوى شكلاً:

- وكذلك قرار مجلس الدولة، الغرفة الرابعة، قرار رقم 184 931 مؤرخ في 2000/03/27 غير منشور⁽³⁾.

(1) - راجع في ذلك : ليلي زروقي ، وحمدى باشا عمر ، المرجع السابق ، ص 233

(2) - راجع في ذلك : حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية ، المرجع السابق ، ص 110

(3) - راجع في ذلك : حمدي باشا عمر ، القضاء العقاري المرجع السابق ، ص 152

الاتجاه الثاني

شهر الدعاوى العقارية في المحافظة العقارية لا يعدّ قيداً على رفع الدعاوى ذلك أن المادة 85 من المرسوم الأنف الذكر تتعارض مع القواعد العامة المتعلقة برفع الدعاوى الواردة بنص المادة 459 ق إجراءات مدنية التي تتمثل في الأهلية، الصفة والمصلحة.

وأن شهر الدعاوى وضع حماية لرافعها كي يعلم الغير أن العقار محل نزاع أمام ساحة القضاء، ولكنها ليست مفروضة عليه، وبالتالي يجوز للمدعي أن يرفع دعاوى يطالب فيها بإبطال، إلغاء أو فسخ عقد منصب على عقار، أو حقوق عينية عقارية دون أن يقوم بشهر دعواه في المحافظة العقارية، وفي مقابل ذلك لا يجوز للمدعي عليه أن يدفع بعدم شهر الدعاوى أو إثارة المحكمة لهذه المسألة من تلقاء ذاتها، وهذا ما ذهب إليه الغرفة المدنية في القرار رقم 130 145 مؤرخ في 1995/07/12م (كما أن عدم شهر الدعاوى في المحافظة العقارية لا يترتب عليه أي بطلان، وفي هذا تعارض بين أحكام المادة 13 و14/ف 4 من الأمر 74/75 الذي أحال في تطبيق هاتين المادتين إلى مرسوم و هنا يتضح التعارض جلياً بين إجراءات رفع الدعاوى، وشروط قبولها أمام القضاء في ق إ م . ولم ينص على هذا القيد بالنسبة للدعاوى العينية وأحكام هذا المرسوم، فإذا وقع تعارض بين التشريع العادي والتشريع الفرعي يطبق التشريع العادي ويستبعد التشريع الفرعي (1).

*** موقف المحكمة العليا:**

لقد تبنت المحكمة العليا الاتجاه الأول القائل بوجوب شهر الدعاوى العقارية الرامية إلى الطعن في صحة التصرفات العقارية التي تضمنها المحرر المشهر بالمحافظة العقارية، تحت طائلة عدم القبول، في قرار صادر عنها تحت رقم 108 200 مؤرخ في 1994/03/16م ق. ط. 1995 عدد 02 ص 80 (2)

(1) - راجع في ذلك : حمدي باشا عمر ، المرجع السابق ، ص 153

(2) - راجع في ذلك : حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية ، المرجع السابق ، ص 111

ثانياً : الآثار المترتبة على شهر الدعاوى العقارية

يترتب على شهر الدعاوى العقارية جملة من الآثار نوجزها في النقاط التالية:

1- حفظ حقوق المدعي

يتضح أن الهدف الرئيسي من شهر الدعاوى بالمحافظة العقارية هو الحفاظ على حقوق المدعي في حالة صدور حكم لصالحه ذلك، أنه لا يمكن للمدعي أن يحتج بالحكم الصادر لفائدته ضد الغير الذي كسب حقا عينيا على العقار موضوع الطلب القضائي تمّ شهره قبل شهر الدعاوى حسب المادة 86⁽¹⁾ من المرسوم 63/76 ذلك أن عدم شهر الدعاوى أو عدم شهر الشرط الذي بمقتضاه حصل فسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض الحقوق التي سبق شهرها، وذلك بعدم سريان الشرط ولا الحكم الذي يقرّره في مواجهة الخلف الخاص لصاحب الحق المهذور.

فشهر الدعاوى العقارية من شأنه أن يعلم الغير بأن العقار موضوع النزاع أمام القضاء أي إدخاله في مفهوم الحق المتنازع عليه قضاء بما يترتب عنه من آثار.

2- عدم إيقاف إجراءات الشهر إمكانية التصرف في العقار:

لا يترتب على شهر الدعاوى بالمحافظة العقارية منع المدعي عليه من التصرف في العقار سواء بالبيع أو الهبة، أو أي تصرف آخر ناقل للملكية.

إلا أنه كثيرا ما يلتبس الأمر على بعض المحافظين العقاريين، فيمتنعون عن شهر أي تصرف وارد على العقار الذي أشهرت بشأنه الدعاوى، وهذا ما جعل المديرية العامة للأموال الوطنية تتدخل بموجب مذكرة مؤرخة في 1993/03/22م تحت رقم 3875⁽²⁾

(1) - المادة 86 مرسوم 63/76 : « إن فسخ الحقوق العينية العقارية أو إبطالها ، أو إلغائها أو نقضها عندما ينتج أثرا رجعيا لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهذور ، إلا إذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء قد تمّ إشهاره مسبقا ، أو كان هذا الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض ، بحكم القانون ، تطبيقا للقانون »

(2) - راجع في ذلك : ليلي زروقي وحمدى باشا عمر ، المنازعات العقارية ، المرجع السابق ، ص 238

لتوضح لمديريات الحفظ العقاري بأن الدعاوى العقارية التي تشهر بالمحافظة العقارية شرعت من أجل المحافظة على حقوق المدعي في حالة صدور حكم لصالحه، ولكنها لا توقف إجراء إشهار أي تصرف لاحق.

فإذا أراد المدعي أن يوقف أي تصرف آخر وارد على العقار بعد أن يكون قد قام بشهر دعواه أن يرفع دعوى أمام القضاء الإستعجالي للمطالبة بوقف التصرف على العقار المتنازع عليه إلى حين الفصل النهائي في الدعوى المرفوعة أمام قضاة الموضوع مع إمكانية شهر هذا الأمر الإستعجالي ، وهذا موقف غير سديد ، ذلك أن حق التصرف ، في العقار هو حق دستوري والحالة الوحيدة في التشريع الجزائري التي توقف تنفيذ العقد الرسمي هي حالة الطعن بالتزوير (1) .

وجدير بالذكر أن الأوامر الإستعجالية يجب إشهارها، وإيقاف⁽²⁾ أي تصرف لا حق على العقار المنصب عليه النزاع، وان الإيقاف يكون لأجل محدود هنا تلزم الإشارة إلى حتمية تحديد مدة الإيقاف في نص الأمر، ولو إلى غاية صدور الحكم النهائي.

لذلك يعدّ ما يقوم به المواطنين من اعتراضات عبر أعمدة الجرائد بهدف منع الموثق من تحرير أي عقد ناقل للملكية على العقار محلّ الاعتراض، تعد اعتراضات غير قانونية، ومنعدمة الأساس. كما وصل الأمر إلى حدّ رفع هذه الاعتراضات من طرف قضاة المحاكم الإستعجالية. فهذه الاعتراضات ليس لها أي أثر قانوني، ما دامت لا توقف ولا تمنع التصرف في العقار، أي إمكانية تحرير العقد من طرف الموثق، وشهره من قبل المحافظ العقاري، وفي هذا الصدد لا بأس أن نورد مثالا حيا على هذا الفهم السيئ ما قضت به

المحكمة الإستعجالية لبرج بوعريريج في القضية رقم 2001/464 بتاريخ 2001/03/31

المنشور منطوقها بجريدة الخبر ليوم 2001/05/17:

(1) - راجع في ذلك : المادة 324 مكرر 06 ق مدني فقرة 2

(2) - راجع في ذلك : حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية ، ص 130

« أمرت هيئة المحكمة حال نظرها في القضايا الإستعجالية علنيا حضوريا إبتدائيا برفع الإعتراض المنشور بجريدة الخبر عن كل عملية بيع للمدعي ب.م مع الأمر بنشر هذا الأمر على العمود بالجريدة »⁽¹⁾.

وفي الأخير ونظرا للأهمية التي تكتسيها عملية شهر الدعوى العقارية من خلال إعلام الغير بأن العقار محل نزاع أمام القضاء، والاحتجاج بالحكم الصادر في الدعوى لصالح المدعي، فمن المستحسن أن يتدخل المشرع فيما يخص شروط قبول الدعاوى العينية العقارية في قانون الإجراءات المدنية، ووضع نص خاص في مواده تحت طائلة عدم قبول الدعوى، أي بتعديل الشروط والنص عليها، عوض أن يترك المسألة للتنظيم، خاصة بعد موقف المحكمة العليا التي حثت على استبعاد التشريع الفرعي وتطبيق التشريع الأصلي إذا كان هناك تعارض بينهما.

و بعد هذه الدراسة المتواضعة التي للفصل الأول نصل إلى النتائج التالية:

- تطهير الملكية العقارية في بلادنا، وتسوية وضعية العقار، لا يكون إلا بتطبيق تام لقانون التوثيق.

- لا يمكن تدوال الحقوق والتصرفات الواردة على العقارات دون توضيح مسألة السندات المثبتة للملكية العقارية و خاصة ونحن نتبنى نظام الشهر العيني الذي يستدعي تعميم عملية المسح العقاري على كافة التراب الوطني، وفي إنتظار ذلك يبقى تطبيق نظام الشهر الشخصي يطبق بالتوازي مع نظام الشهر العيني تبعا لكون العقار ممسوحا أم لا.

ولذلك وجب الإسراع في عملية المسح بتخصيص أغلفة مالية للإسراع بقدر الإمكان في مسح التراب الوطني حتى نصل إلى ما يمكن القول عنه تطهير الملكية العقارية.

- إن تعارض بعض النصوص الخاصة والقانون المدني، خلق مشاكل صعبة التفاهم في الواقع العملي خاصة مسألة التقادم، لذلك لا بدّ من إعادة النظر على الأقل في القانون المدني و خاصة في المادة 827 منه ذلك أنه لا يعقل أن تدحض قرينة إكتساب العقار بموجب الحيازة، القوّة الثبوتية المطلقة التي يكتسيها العقد المشهر.

(1) - راجع في ذلك : ليلي زروقي ، حمدي باشا عمر ، المنازعات العقارية ، المرجع السابق ص 239

ولذلك وجب الإسراع في عملية المسح بتخصيص أغلفة مالية للإسراع بقدر الإمكان في مسح التراب الوطني حتى نصل إلى ما يمكن القول عنه تطهير الملكية العقارية.

- إنّ تعارض بعض النصوص الخاصة والقانون المدني، خلق مشاكل صعبة التفاهم في الواقع العملي خاصة مسألة التقادم، ذلك أنه لا يعقل أن ترخص قرينة إكتساب العقار بموجب الحيازة، القوة الثبوتية المطلقة التي يكتسبها العقد المشهر.

- لا جدوى من تقرير حق الملكية العقارية إذا لم تكن وسائل وأدوات ناجعة تحميه من كلّ إعتداء يقع عليها من قبل الغير، لذلك وجدت دعاوى الملكية الثلاث دعوى الاستحقاق، منع التعرض، وقف الأعمال الجديدة في الملكية.

- إن نطاق الحماية لا يقتصر فقط على الملكية التامة أو المفترزة، وإنما يمتد كذلك إلى الملكية الشائعة والملكية المشتركة ولكل منها أحكامها التي تخضع لها.

- لا بد من شهر كلّ دعوى ترمي إلى المطالبة بحق عيني سواء كان حق ملكية أو الحقوق المتفرعة عنها، وحتى الحقوق العينية التبعية، مادامت الحقوق التي تستند إليها حقوقا مشهورة ولكي يتقيد السادة القضاة بذلك ولوضع حدّ لتضارب الآراء بذلك يجب أن يكون شهر الدعاوى العقارية قيدا على رفع الدعوى، فكا من الأمل النص عليه في المادة 459 ق إم إضافة إلى الشروط الثلاثة، الأهلية، الصفة، المصلحة.

إن مسألة الحماية لا يقتصر على الجانب المدني فقط، وإنما تتعداها إلى الجانب الجزائي، لذلك وفي حالة الاعتداء والمساس الخطير بالملكية، نص المشرع على توقيع عقوبات جزائية على المعتدي في إطار ما يعرف بالحماية الجنائية للملكية العقارية وقد نص على هذا الجانب في قانون العقوبات إضافة إلى بعض القوانين الخاصة وهذا ماستعاجه بالتفصيل في الفصل الثاني: المتعلق بالحماية الجنائية لحق الملكية العقارية الخاصة.

تمهيد :

يمثل التجريم إحدى الوسائل التي توفر الحماية الجزائية للأموال العقارية الخاصة نظرا لارتباط الجريمة بالعقوبة ، وهو تلازم منطقي يؤدي إلى تحقيق الردع العام و الخاص ، مما يحول دون وقوع الجريمة و إن وقعت يحول دون تكرار الفاعل لسلوكه غير المشروع . و لما كانت جريمة التعدي على الملكية العقارية ، هي الجريمة الوحيدة التي يشترط في قيامها سلب الملكية من صاحبها ؛ فقد خصصنا لها حصة الأسد من المبحث الأول ، لنتناول في جزئين منه باقي الجرائم التي تمس كذلك بالملكية العقارية الخاصة إلا أن الفاصل بين الأولى و الثانية هو وجود نية التملك في جريمة الاعتداء على الملكية العقارية طبقا لنص المادة 386 من قانون العقوبات و غياب هذه النية في الجرائم الماسة بحرمة الأماكن السكنية و التعدي على ملكية الغير طبقا للمواد 417,458,135,295 من قانون العقوبات .

ثم نعالج في المبحث الثاني الذي نتناول فيه منازعات الملكية العقارية الخاصة أمام القضاء الجزائي ، و صور الاعتداء على العقارات حيث نتطرق إلى سير الدعوى العمومية ثم الجرائم الواقعة على العقارات المبنية و العقارات غير المبنية طبقا لقانون العقوبات و القوانين الخاصة .

المبحث الأول:

جريمة التعدي على الملكية العقارية الخاصة

الأصل أن كل مساس بحق الملكية يخول صاحبه حق اللجوء إلى جهات القضاء المدنية لدراء الاعتداء ، و الحكم بالتعويض إذ اقتضى الأمر ذلك ، لكن و استثناء من هذا الأصل قرر المشرع الجزائري منح حماية الملكية العقارية إلى القضاء الجزائي ، و الغرض من تقرير هذه الحماية هو الحفاظ على الملكية العقارية الخاصة من أي اعتداء أو إتلاف أو تخريب بالنص على عقوبات جزائية تردع كل مخالف .

و من خلال دراسة التشريعات العقابية الجزائرية ، يتضح أن المشرع الجزائري حصر مفهوم التعدي على الملكية العقارية الخاصة في جريمة واحدة ورد النص عليها في المادة 386 من قانون العقوبات ، حيث يشترط أن يتوافر في الفعل جملة من العناصر لقيام الجريمة ، ونظر لعدم وجود نظرة موحدة لمحتوى المادة من طرف القضاء ، لجأت المحكمة العليا إلى توضيح معناها ، ليعتبر موقفها لاحقا مرجعا عند المتابعة القضائية .

لذلك هل تقتصر جريمة التعدي على الملكية العقارية الخاصة على نص المادة 386 من قانون العقوبات أم تشمل جرائم أخرى ؟

و يشتمل المبحث على ثلاث مطالب . يتناول الأول العناصر المكونة لجريمة الاعتداء على الملكية العقارية الخاصة ، و الثاني على موقف الاجتهاد القضائي من الجريمة ، و الثالث الجرائم الماسة بحرمة الأماكن السكنية و التعدي على ملك الغير .

المطلب الأول :

العناصر المكونة لجريمة الإعتداء على الملكية العقارية الخاصة

لم يأت قانون العقوبات الجزائري على تعريف الجريمة بوجه عام ، شأنه في ذلك شأن أغلب القوانين الحديثة كالقانون الفرنسي ، و المصري ، تاركا ذلك للفقهاء الذي عرفها بأنها :

« الجريمة هي كل فعل يمنعه المشرع عن طريق العقاب إذا لم يكن استعمالاً لحق أو أداء لواجب »⁽¹⁾
أما جريمة الاعتداء على الملكية العقارية الخاصة ، فتقوم متى توافرت الأركان العامة و الخاصة ، حيث تنص المادة 386 ف1 من قانون العقوبات مايلي « يعاقب بالحبس من سنة إلى خمسة سنوات ، و بغرامة من 2000 دج إلى 20.000 دج كل من انتزع عقارا مملوكا للغير، و ذلك خلصة أو بطريق التدليس ... »

و إن كانت الأركان العامة معروفة بالنسبة لكل الجرائم ، و هي :

*** الركن الشرعي :**

أو ما يعرف بمبدأ الشرعية الجنائية حيث طبقا لنص المادة الأولى قانون عقوبات : « لا جريمة و لا عقوبة أو تدبير أمن بغير نص » .

*** الركن المادي :**

و يظهر في شكل التصرف الإيجابي من طرف الفاعل ، بحيث يستبعد مجرد الإمتناع أو النية فحسب ، إن لم تتجسد في سلوك ظاهري .

*** الركن المعنوي :**

أو ما يعرف بالقصد الجنائي ، أي انصراف إرادة المتهم إلى ارتكاب الفعل المجرم .
إلا أن هذه الأركان العامة غير كافية لقيام الجريمة و تستلزم توافر أركان خاصة تتفرد بها الجريمة و هي :

- إنتزاع عقار مملوك للغير .

- اقتران الانتزاع بالخلصة أو التدليس

حيث جاء في قرار المحكمة العليا و أنه : « من المقرر قانونا أن جريمة الإعتداء على ملكية الغير لا تقوم إلا إذا توافرت الأركان التالية، نزع عقار مملوك للغير ، و ارتكاب الفعل ،خلصة أو بطريقة التدليس »⁽²⁾ . و سنتطرق لكل ركن في فرع مستقل .

(1) راجع في ذلك : د. ابراهيم الشباسي ، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري ، القسم العام ، دار الكتاب اللبناني بيروت ، طبعة 1981 . ص 37

(2) قرار رقم 52971 ، مؤرخ في 1989/01/17 ، حمدي با تاعمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، مرجع سابق ، هامش ، ص 86 .

الفرع الأول :

انتزاع عقار مملوك الغير

أولا : فعل الانتزاع :

يقصد بالانتزاع قيام الفاعل بسلوك إيجابي و هو النزع أو الانتزاع أي الأخذ بعنف و بدون رضا المالك ⁽¹⁾ و ننوه بأنه يخرج من نطاق فعل النزع المجرم بنص المادة 386 من قانون العقوبات ، نزع الملكية للمنفعة العامة الذي تقوم به الإدارة بهدف تحقيق المصلحة العامة ، بموجب إجراءات صارمة منصوص عليها قانونا ، و ما يترتب على تخلف أحدها هو إلغاء قرار نزع الملكية الذي يعد مساسا خطيرا بالملكية الخاصة من وجهة نظر الفقه ⁽²⁾ و لتحقيق هذه الجريمة يجب أن يكون الهدف من التعدي هو الإستيلاء على ملك الغير و عليه يجب أن تنتقل حيازة العقار المعتدى عليه إلى من قام بفعل الانتزاع .

كما لا يشترط أن يقوم الجاني بنفسه بالفعل المجرم ، إذ يمكن أن يخطط و يوكل أمر التنفيذ إلى شخص آخر ، يرسله ليقوم بمقامة بانتزاع العقار ، أو دخول مسكن ، و إحتلاله و لكن لفائدته هو . و في هذه الحالة نكون أمام فاعل أصلي و شريك ⁽³⁾ .

و يعتبر الشريك كل من ساهم مساهمة مباشرة أو غير مباشرة في تنفيذ الجريمة ، و كذلك من حرض بالفعل أو التهديد أو الوعد أو إساءة استعمال السلطة ، و ساعد الفاعل على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك ⁽⁴⁾ .

و المشرع الجزائي في قانون العقوبات لم يفرق بين الفاعل الأصلي و شريكه في الجناية و الجنحة إذ يعاقب الشريك في جناية أو جنحة بالعقوبة المقررة للجناية أو الجنحة طبقا للمادة 44 من قانون العقوبات ، أما المخالفة فلا يعاقب فيها الشريك إطلاقا .

(1) الفاضل خمار ، الجرائم الواقعة على العقار ، الجزائر ، دار هومة ، ط1 ، 2006 ، ص14

(2) مسعود شيهوب ، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، نظرية الاختصاص ، الجزء الثالث ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط 1999 ، ص 383

(3) إبراهيم الشباسي ، المرجع السابق ، ص 144

(4) لم يفرق المشرع بين الفاعل و الشريك ، إلا من حيث الظروف الشخصية لكل منهما و ارتباطها بظروف التخفيف و التشديد ، و كذا موانع المسؤولية .

أما فيما يتعلق بصفة مرتكب فعل الانتزاع ، فقد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا :

- فالشخص الطبيعي تتم إجراءات المتابعة طبقا لقانون الإجراءات الجزائية
- أما الشخص المعنوي ، فنميز بين ما إذا كان شخص معنوي عام كالدولة و الولاية و البلدية وفقا للمادة 02 من القانون رقم 30/90 المتعلق بالأحكام الوطنية ، فهذه الأخيرة لا يمكن مساءلتها ، إنما يمكن اللجوء إلى القضاء لإلغاء قراراتها الماسة بالملكية العقارية الخاصة ، خاصة في حالتها التعدي و الاستيلاء ⁽¹⁾ و لا يختلف الاستيلاء عن التعدي إلا فيما يخص محل الاعتداء فالاستيلاء يقتصر على الملكية العقارية ، بينما يشمل التعدي العقار و المنقول على حد سواء .

أما الأشخاص المعنوية الخاصة ، كالشركات و الجمعيات ، فيعترف لها المشرع الجزائي بالمسؤولية الجزائية ، إذ يمكن مساءلتها ، و معاقبتها بما يتناسب مع طبيعتها ، كعقوبة الغرامة ، و الحل ، و المصادرة .⁽²⁾

و بالرغم من أخذ المشرع الجزائي بفكرة المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية ، مواكبا في ذلك ما توصل إليه الفقه الجنائي الحديث ، رغم عدم قبول هذه الفكرة من طرف كثير من الفقه ، و حجتهم في ذلك ، أن الأشخاص المعنوية ليس لها أجسام تحبس و لا أعناق تشنق ⁽³⁾ .

ثانيا : عقار

يجب أن يكون محل الانتزاع عقار ، سواء كان أرضا أو بناء أو عقارات بالتخصيص ، و بذلك يخرج من نطاق دراستنا انتزاع المنقولات و قد عرفت المادة 683 من القانون المدني بأن العقار هو كل شئ مستقر بحيزه و ثابت فيه ، و لا يمكن نقله منه دون تلف .

و ما دام المشرع قد كفل الحماية للعقار ، كما كفلها للمنقول ، فلا يثور إشكال حول حماية العقار بالتخصيص ، و إن كنا لا يمكن أن نتصور سرقة عقار ، فإنه من الممكن سرقة عقار بالتخصيص كالجرار ، و أبواب المنازل ... إلخ.

(1) شيهوب مسعود ، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، الجزء الأول ، الأنظمة القضائية المقارنة و المنازعات الإدارية ، ديوان المطبوعات الجماعية ص 130 و ما بعدها .

(2) إبراهيم الشباسي، المربع السابق ، ص 12 .

(3) الفاضل خمار ، المربع السابق ، ص 16 .

و بما أن المشرع قد سكت عن تحديد المقصود بالملكية العقارية المراد حمايتها بدقة ، و غموض المادة 386 السابقة الذكر أفرز إشكالات عديدة في التطبيق ، إلا أن الفقه اعتبر العقار بالتخصيص منقولا من الوجهة الجزائية ⁽¹⁾ .

و يثور إشكال حول ما إذا كان العقار متنازلا عنه أم لا :

* فإذا كان العقار متروكا ، بمعنى تنازل صاحبه عن ملكيته ، و جاء شخص آخر و احتله بنية تملكه ، فهنا فعل الانتزاع غير متوافر ، إضافة إلى عنصري الخلسة و التدليس ، و تبعا لذلك لا تقوم جريمة الاعتداء على الملكية العقارية ، لأن في هذه الحالة يمكن للحائز الجديد أن يكتسب العقار المحوز بالتقدم طبقا للمادة 827 من القانون المدني ، و يتحصل على عقد شهرة يثبت ملكيته في ذلك .

* أما إذا كان العقار متروكا دون أن يتنازل مالكه عن ملكيته ، كما في حالة المستأجر ، فالملكية هنا لا زالت للمالك ، لذلك كل من يقوم بانتزاع الحيازة يكون قد ارتكب جريمة التعدي على الملكية العقارية ، ما دامت نيته قد انصرفت إلى التملك بعد توافر الشروط المنصوص عليها في المادة 386 من قانون العقوبات .

* كما لا يختلف الأمر إن كانت ملكية العقار المنزوع تابعة للأشخاص الطبيعية أو للأشخاص المعنوية عامة كانت أو خاصة ، إذ يكفي أن يقع الاعتداء على عقار مملوك للغير ⁽²⁾ .

ثالثا : عقار مملوك للغير

يجب أن يكون العقار محل الانتزاع مملوكا للغير بموجب سند من السندات المثبتة للملكية العقارية سواء تعلق الأمر بمناطق شتملتها عملية المسح العقاري ، أم لم تشملها و هو ما سبق لنا أن تعرضنا له بالتفصيل في الفصل الأول : أي يستوي في ذلك أن يكون العقار مملوكا للغير بموجب سند رسمي مشهر .

(1) الفاضل خمار ، المرجع السابق ، هامش ، ص 19 .

(2) حمدي باشا عمر : حماية الملكية العقارية الخاصة ، المرجع السابق ، ص 37

أو أن يكون العقار في حيازة الغير حيازة مشروعة -كالمستأجر مثل- أو مؤسسة على سند رسمي أي بموجب عقد إيجار رسمي ، لذا يستبعد من مجال الحماية ، الحيازة غير المشروعة أو المتنازع عليها مدنيا .

و نحن بصدد اطلاقنا على نص المادة 386 من قانون العقوبات لا حظنا أن النص المحرر باللغة العربية جاء بعبارة " انتزاع الملكية " في حين أن النص الفرنسي جاء بمصطلح " *Déposséder* " و الذي يعني "منع الحيازة" و هذا الاختلاف أثار إشكالا جوهريا من جهة و نتج عنه تذبذب فكرة الحماية من جهة أخرى ، فهل الحماية تنصب على الملكية التامة أم تمتد لتشمل الحيازة أيضا :

نجد أن الاجتهاد القضائي لم يستقرّ حول مفهوم واحد في تقسيم ملك الغير لذا نجد اتجاهين

- الاتجاه الأول :

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا الذي اعتبرت فيه أن الغير المراد حمايته هو من يحوز سند رسمي مشهر ما يلي :

« إن المادة 386 من قانون العقوبات تقتضي أن يكون العقار مملوكا للغير ومن ثمة فإن قضاة الموضوع الذين أدانوا الطاعنين - في قضية الحال - بجنحة التعدي على الملكية العقارية دون أن يكون الشاكي مالكا حقيقيا للعقار يكونون قد أخطئوا في تطبيق القانون » ⁽¹⁾ .

الاتجاه الثاني :

حجة هذا الاتجاه أن المشرع لا يقصد بعبارة " المملوك للغير " الملكية الحقيقية للعقار و إنما يقصد بها أيضا الملكية الفعلية لتشمل الحيازة القانونية ⁽²⁾ .

و يعد هذا الاتجاه هو الراجح لأنه يتلائم مع ما جاء به القانون المدني الذي كفل حماية الحيازة ، حتى يحافظ على النظام العام ، بحجة أن الحائز يبدو و كأنه المالك الظاهر أمام الناس .

(1) قرار رقم 75919 ، مؤرخ في 1991/11/05 ، مجلة قضائية ، العدد 01 ، ص 214

(2) بوسقيعة أحسن : قانون العقوبات مدعم بالاجتهاد القضائي ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ط2000، ص 146

الفرع الثاني :

اقتران الانتزاع بالخلسة أو التدليس

لم يرد في قانون العقوبات الجزائري تعريف للخلسة و التدليس بالرغم من أهميتها ضمن العناصر الخاصة المكوّنة لجريمة الاعتداء على الملكية العقارية ⁽¹⁾ . لذلك لجأت المحكمة العليا إلى الاجتهاد في هذه المسألة ، ليكون اجتهادها فيما بعد قاعدة يستند عليها القضاء ، ولو على سبيل الاستئناس ، ما دام الاجتهاد لا يمثل مصدرا لقانون العقوبات طبقا للمادة الأولى من قانون العقوبات .

أولاً: التدليس

التدليس طبقا لقواعد القانون المدني هو أن يقوم شخص بخداع الغير حول وجود واقعة قانونية بهدف الإضرار به ، أو الإفلات من القانون ⁽²⁾ ، فهو إذن سلوك احتيالي يجعل الإرادة غير واعية ، لذلك يعد من عيوب الرضا ، فيكون للشخص المدلس عليه حق إبطال العقد متى أقام الدليل على علم المتعاقد الأمر بالتدليس ⁽³⁾ .

و إذا رجعنا إلى الصياغة الفرنسية لقانون العقوبات الجزائري الصادر في 1966/06/08 نجد أن الترجمة إلى اللغة العربية لمصطلح التدليس وفقا للمادة 386 السالفة الذكر يقابلها في النص الفرنسي *Fraude* ، و ترجمتها الصحيحة الغش ، بينما يعبر عنها التدليس وفق المادة 86 من القانون المدني بمصطلح *Le Dol* .

ما دام التدليس *Fraude* لا يعادل تماما التدليس بمفهوم *Le Dol* ⁽⁴⁾ .

أما القانون الجنائي فلا يتدخل في معاملات الناس إلا عند الضرورة و ذلك كلما رأى أن أفعال الجاني على درجة من الخطورة ، و المتمثلة في أحد الطرق التدليسية التي وردت بالمادة 372 من قانون العقوبات على سبيل الحصر .

(1) راجع في ذلك : بربارة عبد الرحمان ، الحماية الجزائية للأموال العقارية الخاصة ، رسالة ماجستير، جامعة البليدة

السنة الجامعية ، 1999-2000، ص 76

(2) راجع في ذلك : ابتسام القرام : المرجع السابق ، ص 139 .

(3) المادة 86 من القانون المدني

(4) راجع في ذلك : عبد الرحمان بربارة ، المرجع السابق ص 77 .

الفصل الثاني _____ الحماية الجنائية لحق الملكية العقارية الخاصة

ففي القرار رقم 279 مؤرخ في 13/05/1986 عرّف التدليس بأنه « حيث أن التدليس العنصر المنصوص عليه في المادة 386 من قانون العقوبات يعني إعادة شغل ملكية الغير ، بعد إخلالها ، و هذا بعد أن تتم معاينة ذلك بواسطة محضر الخروج المحرر من طرف العون المكلف بالتنفيذ » أي التدليس هو إعادة شغل العقار بعد إخلاله عنوة عن المالك (1) .

ثانيا : مفهوم الخلسة

الخلسة لغة هي انعدام عنصر العلم لدى الغير أما ونحن بصدد الخلسة التي تعدّ عنصرا مكونا لجريمة الاعتداء على الملكية العقارية الخاصة ، فتعرّف بأنها : القيام بفعل الانتزاع خفية أي بعيدا عن أنظار المالك ، و دون علمه ، أي سلب الحيازة من المالك فجأة دون علمه أو موافقته طبقا للقرار رقم 57534 مؤرخ في 08/11/1988 (2) .

و طبقا لنص المادة 386 من قانون العقوبات ، فاننتزاع عقار مملوك للغير خلسة هو سلب الملكية الصحيحة التي تستند إلى سبب صحيح رسمي ، مسجل ومشهر ، أو الحيازة المشروعة مثلا كما في حالة المستأجر غير المنتزاع عليها من صاحبها دون علمه أو وجه حق . و تختلف الخلسة عن الاختلاس ، في أن الخلسة طريقة احتيالية تؤدي إلى الانتزاع *Surprise* ، بينما الاختلاس *Soustraction* ، وهو مباشرة الفعل المجرّم و أخذ أموال الغير

الفرع الثالث :

عناصر التشديد و العقاب

بعد أن نص المشرّع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 386 من قانون العقوبات على أركان جريمة التعدي على الملكية العقارية تناول بالذكر في الفقرة الثانية من نفس المادة على النحو التالي : « و إذا كان انتزاع الملكية قد وقع ليلا بالتهديد أو العنف أو بطريقة التسلق أو الكسر من عدة أشخاص ، أو مع حمل سلاح ظاهر أو مخبأ بواسطة واحد أو أكثر من الجناة فتكون العقوبة الحبس من سنتين إلى عشر سنوات ، و الغرامة من 10.000 إلى 30.000 دج » (4)

(1) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 88

(2) المجلة القضائية 1993 عدد 02 ، ص 192 .

(3) راجع في ذلك : الفاضل خمار ، المرجع السابق ، ص 25

(4) قانون رقم 04/82 المؤرخ في 13 فبراير 1982 ، المتضمن تعديل قانون العقوبات الصادر بالأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08/06/1966 .

فالظروف المذكورة في هذه الفقرة مستقلة عن أركان الجريمة ، لكن متى توافرت أدت إلى تشديد العقوبة دون تغيير الوصف الجنائي للجريمة ، لأن الركن شرط لتحقيق الوصف الجزائي ، بينما الظرف المشدد فيضاف إلى أركان الجريمة و يشدد عقوبتها .

أولاً : ظروف التشديد

أورد المشرّع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 386 من قانون العقوبات ، ستة عناصر متى توافر أحدها إلى جانب فعل الانتزاع المقترن بالخلسة أو التدليس عدّ ظرفاً مشدداً من شأنه مضاعفة العقوبة دون تغيير الوصف الجزائي هذه العناصر هي الليل ، التهديد ، العنف التسلّق ، الكسر ، حمل السلاح و التعدّد .

1- الليل :

لم يأت القانون على ذكر تعريف لظرف الليل و لا لتحديد زمنه ، ومن جانب الفقه⁽¹⁾ فقد ثار خلاف فقهي ، فهناك من يرى بأنه عبارة عن فترة الظلام التي تبدأ من الغسق و تنتهي ببزوغ ضوء الفجر الذي يسبق شروق الشمس ، ويعرفه البعض الآخر بأنه « الفترة التي يسود فيها الظلام وتتعدّر الرؤية ، ممّا يدفع الفرد إلى الإستعانة بالضوء الاصطناعي ، ولا تأثير لظهور القمر حتى ولو كان بدرًا مكتملاً ذا ضوء ساطع »⁽²⁾ . وبالتالي فتوافر ظرف الليل مسألة موضوعية وليست قانونية تخضع لرقابة قاضي الموضوع لعدم وجود تعريف ثابت له .

إلاّ أن هناك من يستند من الفقه لتحديد ظرف الليل على نص المادة 47 من قانون الإجراءات الجزائية المتعلقة بتدابير تفتيش المساكن ، أي منع إجراء التفتيش ليلاً من الساعة الثامنة مساءً إلى الخامسة صباحاً ، وهو الوقت الذي تأوي فيه الناس إلى الراحة من مشاق العمل نهاراً والاستسلام للنوم ممّا لا يسمح للمعتدى عليه بالدفاع عن نفسه⁽³⁾ .

إلاّ أن هذا القياس لا يمكن الإعتماد عليه ، ذلك أن ظرف الليل يختلف باختلاف الفصول حيث يقصر في الصيف ويطول في الشتاء .

(1) راجع في ذلك : د. محمد صبحي نجم ، شرح قانون العقوبات الجزائري ، القسم الخاص ، ديوان المطبوعات

الجامعية طبعة 2000 . ص 130

(2) راجع في ذلك : الفاضل خمار ، المرجع السابق ، ص 33

(3) - عبد الرحمن بربارة ، المرجع السابق . ص 79

2- التهديد

هو كلّ قول أو كتابة من شأنه إلقاء الرعب والخوف في قلب الشخص المهدّد ، فهو إكراه معنوي يتحقّق بمجرد إنذار الشخص المهدّد بشرّ جسيم سيلحق به أو بشخص عزيز عليه ⁽¹⁾ ونظر للأثر الخطير الذي يتركه التهديد في نفس الفرد جرّمه المشرع ونصّ على معاقبته فاعله طبقا لأحكام المواد من 284 إلى 287 من قانون العقوبات ، حيث تندرج تحته كافة صور إنعدام رضا المجني عليه ⁽²⁾ . و يقسم التهديد إلى قسمين :

أ- **التهديد الكتابي** : و يكون بواسطة محرر موقع أو غير موقع عليه ، أو بالرسم أو الرمز أو الشعارات ، حيث يحرر بواسطة الكتابة ، و يتضمن دلالة التهديد و لا عبرة للغة المحرّر بها ، أو إذا كانت ألفاظ التهديد صريحة أم ضمنية ، لأن التهديد الغامض أكثر وقعا على النفس من التهديد الصريح ، و يجب أن يكون جدّيا لا من قبيل المزاح

ب- **التهديد الشفهي** :

ويعدّ أقلّ خطرا من التهديد الكتابي ، ويتم بواسطة الأقوال ويحصل عادة إثر غضب أو نقاش شديدين ، ولا يعاقب عليه القانون الجزائري .

3- العنف :

يعتبر العنف كل وسيلة قسرية تقع على الأشخاص لتعطيل قوّة المقاومة أو إعدامها ، وهي أعمال الضرب والجرح التي تؤدي إلى إحداث ألم لجسم المعتدى عليه بغض النظر عن درجة خطورتها ⁽³⁾ ، وسواء أدّت أعمال العنف ذلك إلى عجز كلي عن العمل أو لم تؤدّ إلى ذلك ، أو إلى المرض . فقد لا ينجم عن أعمال العنف نسبة عجز كأن يمسك الفاعل بعنق الضحية أو يطرحها أرضا مع التهديد .

و يختلف التهديد عن أعمال العنف في أن التهديد يقتصر على الوعيد دون نية بالضرورة إلى تنفيذ محتواه ، أما أعمال العنف فهي تصرفات غير مشروعة تلحق ضررا جسمانيا بالغير ذا طبيعة مادية .

(1) راجع في ذلك : عبد المجيد زعلاتي ، قانون العقوبات الخاص، مطبعة الكاهنة ، الجزائر . طبعة 2000 ، ص 30

(2) راجع في ذلك د. محمد صبحي نجم ، المرجع السابق . ص 129

(3) راجع في ذلك : الفاضل خمار ، المرجع السابق ، ص 35

4- التسلق :

عرّقت المادة 357 من قانون العقوبات التسلق بأنه : « يوصف التسلق الدخول إلى المنازل أو المباني أو الأحواش أو حضائر الدّواجن ، أو أبنية أو بساتين أو حدائق أو أماكن مسوّرة ، و ذلك بطريق تسور الحيطان أو الأبواب أو أية أسوار أخرى ، و الدّخول عن طريق مداخل أخرى تحت الأرض غير تلك التي أعدت لاستعمالها للدّخول يعدّ ظرفاً مشدّداً كالـتسلق .

فالتسلق إذن هو دخول المساكن المسوّرة من غير أبوابها مهما كانت طريقتها ⁽¹⁾ ، أي عدم دخول المكان من بابه العادي ، كاستعمال سلّم أو عن طريق النوافذ ⁽²⁾ ، أو تسلق الحائط أو السور أو الوثوب إلى الدّاخل من نافذة أو الهبوط إليه من أي ناحية . كما يتوفّر ظرف التسلق إذا دخل الجاني من باب مفتوح ثم خرج عن طريق السور ، و يستوي في ذلك أن يحدث التسلق ليلاً أو نهاراً .

إلا أن استغلال الليل كظرف مهياً كقاعدة عامة للسكينة واطمئنان الضحية ، و الحيطان و الأسوار التي تقام لدفع التسلل من شأنه أن يضاعف من درجة خطورة الفعل المرتكب و يجعل تشديد العقوبة أمراً مستساغاً .

5- الكسر :

الكسر هو ارتكاب الفاعل عملاً من أعمال العنف للدخول إلى المكان المراد التّعدي عليه ⁽³⁾ . و الكسر نوعين :

- كسر من الخارج :

و يراد به تحطيم ، أو نزع أو هدم النطاق الخارجي للجدار أو المكان المسوّر أو السقف أو الجهاز المقفل .

(1) راجع في ذلك : د. محمد صبحي نجم ، المرجع السابق ، ص 135

(2) راجع في ذلك : عبد الرّحمان بربارة ، المرجع السابق ، ص 79

(3) راجع في ذلك : الفاضل خمار ، المرجع السابق ، ص 36

- كسر من الدّاخل :

و يراد به تحطيم ونزع يقع على الأبواب أو مكان و الحواجز الداخلية ، و الخزائن و المكاتب و الأثاث كالدواليب ، وغيرها ⁽¹⁾ .

و قد عرّفت المادة 356 من قانون العقوبات الكسر و يدخل في حكم الكسر ، كسر الباب أو النافذة الزجاجية ، و خلع المسامير، الأبواب ، و النوافذ ، وثقب الجدار أو الحائط بآلة ، و خلع القفل أو تحطيمه ، فالكسر إذن يقصد به الطريق غير العادي للدخول مع استعمال العنف على أن يكون قبل التعدي على ملكية الغير أو أثناء ارتكاب الفعل المجرّم .

6- تعدد الفاعلين و حمل السلاح :

أ- تعدد الفاعلين

إذا اجتمع اثنان أو أكثر من الجناة ، و عزموا و خططوا على تنفيذ الفعل المجرّم معا ، عدّ هذا الأمر ظرفا مشدّدا ، لتوافر التصميم و الترتيب السابق لارتكاب الجريمة ⁽²⁾ .

مما يعدّ إصرارا على تنفيذ و إتمام ما خططوا له ، و يعتبر ظرف التعدد متوافرا حتى ولو وقعت الجريمة عند الشروع ⁽³⁾ .

ومسألة التعدد مسألة موضوعية يترك أمر تقريرها لقاضي الموضوع ، إذ يكفي أن يقتنع هذا الأخير بأن المتهم قد ارتكب الجريمة بمؤازرة غيره . و يشترط هنا أن يكون هذا التفاهم مسبقا على ارتكاب الفعل ، فلو التقى عدّة أشخاص معا في مكان الجريمة ، فلا يتوافر ظرف التعدد .

ب- حمل السلاح :

الأسلحة هي الأدوات التي تستخدم في التعدي أو الدّفاع ، والتي إن استعملت من شأنها أن تمس سلامة الجسم ، و تقسّم الأسلحة إلى نوعين :

(1) المادة 356 من قانون العقوبات : « يوصف بالكسر فتح أي جهاز من أجهزة الإقفال بالقوة أو الشروع في ذلك سواء بكسره أو بإتلافه أو أي طريقة أخرى بحيث يسمح لأي شخص بالدخول إلى مكان مغلق ، أو بالاستيلاء على أي شيء وجد في مكان مقفل أو في أثاث أو وعاء مغلق »

(2) راجع في ذلك : عبد الرحمان بربارة ، المرجع السابق ، ص 80 .

(3) راجع في ذلك : الفاضل خمار ، المرجع السابق ، ص 36 .

- ما لا يعد سلاحا بطبيعته :

كالعصا العادية ، من الخشب و الموسيقى الصغير ، و المقص ، و يجوز حملها و حيازتها دون رخصة .

- ما يعدّ سلاحا بطبيعته :

سواء كان ناريا ، كالمسدّس و البندقية أو سلاحا أبيض قاطعا كالسيف و السكين و الخنجر ، أو سلاحا راضا كالهراوة ، و هذا النوع من الأسلحة لا يمكن حمله أو حيازته إلا بموجب رخصة من السلطة الإدارية المختصة .

و قد اعتبر المشرّع الجزائري حمل السلاح سواء كان علنا أو مخفيا وقت ارتكاب التعدي على الملكية العقارية ظرفا مشددا سواء تم استعماله أو لم يستعمل .

لأن مجرد حمله يشجع المتهم ، و يحبط من عزيمة المعتدى عليه ، و لا يشترط أن يوجد السلاح لدى جميع الفاعلين و إنما وجوده عند أحدهم دون الآخرين يكفي .

و لذلك اشترط القضاء أن تكون الأداة المستعملة تشبه السلاح الحقيقي ، و من شأنها إلقاء الرعب في نفس المجني عليه ، لو كانت مجرد لعبة البلاستيك طبقا لما جاء في القرار الصادر بتاريخ 1983/03/01 و في الطعن رقم 27682 .

*** موقف القضاء من ظروف التشديد :**

حسب رأي المحكمة العليا لا تعتبر ظروف التشديد شرطا لقيام الجريمة إلا أنها تغلظ من العقوبة ⁽¹⁾ ، حيث جاء في أحد قراراتها : « لا يشترط أن ينتزع العقار بالعنف ليلا ، و إنما هذان الظرفان يغلظان العقوبة ليس إلا ، بل يكفي أن يتم الانتزاع خلسة أو بطريق التدليس ، و من ثم فإن إقدام المتهمين على استغلال قطعة الأرض التابعة للضحية دون علمها ، و ضد إرادتها يكفي لتوفر ركن الخلسة » .

طبقا لمل جاء في القرار المؤرّخ في 1994/10/09 ، ملف 112646 غير منشور ⁽²⁾

(1) راجع في ذلك : جيلالي بغدادي : الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية " الجزء 2 - " الديوان الوطني للأشغال التربوية ، ط2001 ، ص 164,165

(2) قرار مشار إليه في ، الفاضل خمار ، المرجع السابق ، ص 39

و في قرار صادر في 1984/11/06 في الطعن رقم 35506 : « أن القانون يشدد عقوبة الجرح العمد الخفيف إذا استعمل فاعله سلاحا ناريا أو أبيض لاقترافه »⁽¹⁾ .

ثانيا : العقوبة

تعرف العقوبة بأنها جزاء جنائي يقرره القانون ، و يوقعه القضاء على المجرم ، و نظرا لخطورة العقاب على الأفراد و حرياتهم الشخصية ، يقرر القانون ضمانات منها ، خضوع العقوبة لمبدأ الشرعية⁽²⁾ ، و مبدأ شخصية العقوبة و المساواة و غيرها من المبادئ التي تحرص على حرية الفرد و شرفه .

و نحن بصدد الحديث عن الملكية العقارية الخاصة ، فإن فعل الاعتداء ، الواقع عليها كيف بأنه جنحة ، و قد قرر لها المشرع الجزائري طبقا للمادة 386 من قانون العقوبات ، عقوبتين هما الحبس و الغرامة ، حيث يكيف فعل الاعتداء على الملكية العقارية الخاصة على أنه جنحة بسيطة بطبيعة الحال إذا ما توافرت عناصر الجريمة طبقا للفقرة الأولى من المادة 386 ، و يكيف على أنه جنحة مشددة ، حيث يتغير الوصف الجنائي للجنحة من بسيطة إلى مشددة إذا ما اقترنت جريمة التعدي في صورتها البسيطة بإحدى الظروف المشددة الستة طبقا للفقرة الثانية من المادة 386 السالفة الذكر .

و بطبيعة الحال لتكليف الجريمة في كلتا الحالتين انعكاسا على العقوبة في كل حالة كما يلي :

1- العقوبة في حالة الجنحة البسيطة :

تكون العقوبة تتراوح بين الحبس و الغرامة

* فيعرف الحبس بأنه سلب الحرية لمدة معينة و هي عقوبة رادعة تمس الحريات الفردية توقع من طرف القضاء ، تخضع لمبدأ شخصية العقوبة و كذا مبدأ الشرعية ، و هي العقوبة المقررة في مادة الجنح و المخالفات .

حيث يقوم الجاني في حالة الجنحة البسيطة ، بالاعتداء على حيازة أو ملكية عقار مملوك للغير خلصة أو بطريق التدليس .

(1) جيلالي بغدادي ، المرجع السابق ، ص 166 .

(2) عبد الله سليمان ، قانون العقوبات الجزائري ، القسم العام ، الجزء 2 ، د.م. ج ، ط 1998 ، ص 417 .

الفصل الثاني _____ الحماية الجنائية لحق الملكية العقارية الخاصة

فبتوافر أركان الجريمة تكون العقوبة المقررة لهذا الجرم هي الحبس من سنة إلى خمس سنوات و الغرامة من 10.000 دج إلى 30.000 دج⁽¹⁾ ، حيث يتماشى نص المادة 386 من قانون العقوبات مع المادة الخامسة من نفس القانون التي تنص على أنه كلما تراوحت مدة العقوبة الأصلية في جريمة ما بين شهرين و خمس سنوات اعتبرت هذه الجريمة جنحة⁽²⁾ إلا أن هذا الأمر غير مستساغ ذلك انه في كثير من الجرائم لم تحترم هذه القاعدة ، حيث يفترض بأن الفیصل الحقيقي بين الجنایات و الجنح يكمن في استعمال مصطلح الحبس و السجن بين الجنح و الجنایات ، و ليس بالمدة المقررة قانونا للتوقيف⁽³⁾ .

و على سبيل المثال للحصر نذكر جريمة الرشوة المادة 126 من قانون العقوبات ، جريمة تدنيس المصحف الشريف المادة 160 من قانون العقوبات و جريمة كسر الأختام ، وسرقة الأوراق من المستودعات العمومية المادة 158 من قانون العقوبات .

فالمشرّع لم يكن متساهلا بشأن التعدي على الملكية العقارية حيث اشترط أركاناً و شروطاً خاصة لأجل قيامها ، لذلك رفع الحد الأدنى لعقوبة الجنحة من شهرين إلى سنة حتى يودع فاعلها و لا يفتح باب الاعتداء على الملكية العقارية ، إلا أن القاضي مقيد في مقابل ذلك بالحد الأقصى ، فلا يجوز له أن يجاوز عقوبة الحبس لمدة تزيد عن خمس سنوات و هذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا مؤرخ في 1968/03/26 : « ينقض القرار الذي يصرح بعقوبة الحبس لمدة تزيد عن حدّها الأقصى »⁽⁴⁾ .

* أما الغرامة فهي عقوبة أصلية في مواد الجنح و المخالفات و يقصد بها إلزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى خزينة الدولة مبلغاً مقدراً في الحكم ، و تطبق على الأشخاص الطبيعية أو المعنوية ، و تراعى في الحكم بها مبدأ الشخصية ، و الشرعية و المساواة .

و إضافة إلى ذلك لا يحكم القاضي بأكثر مما نصّ عليه القانون ، و إلا عدّ الحكم مخالفاً للقانون حيث جاء في قرار للمحكمة العليا :

(1) راجع في ذلك : الفاضل خمار ، المرجع السابق ، ص 41 .

(2) راجع في ذلك : عبد الله سليمان ، المرجع السابق ، ص 447 .

(3) راجع في ذلك : عبد الرحمان بربارة ، المرجع السابق ، ص 82 .

(4) راجع في ذلك : الفاضل خمار ، المرجع السابق ، ص 42 .

« يخالف المادة الأولى من قانون العقوبات المجلس الذي قضى على المتهم بغرامة تفوق الحد الأقصى المقرر قانونا »⁽¹⁾

و تتمتع الغرامة الجزائية بخصائص العقوبات ، فلا تجري عليها المصالحة ، و لا يجوز التنازل عنها ، تخضع لوقف التنفيذ ، العفو الشامل ، والتقدم⁽²⁾ .

و يعتبر تحديد الحد الأدنى و الأقصى للعقوبة أمر ضروري لمعرفة نوع الجريمة ، و لتمييز الجاني العادي عن الجاني الخطير ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى تقيد بما جاء في القانون الذي يعدّ ضمانا للكافة من التعسف .

و الغرامة عقوبة و ليست تعويضا ، يقدّرهما المشرّع بغض النظر عن الضرر الذي أصاب المجني عليه و لذلك قرّر المشرّع عقوبة الاعتداء على الملكية الخاصة غرامة تتراوح من 2000 دج كحد أدنى إلى 20.000 دج كحد أقصى .

حيث يمكن للقاضي عند أعماله لظروف التخفيف أن ينزل إلى مادون الحد الأدنى ، و هذا الأمر متروك للسلطة التقديرية له ، حيث الاستفادة من الظروف المخففة المنصوص عليها في المادة 53 من قانون العقوبات ليست حقا مكتسبا للمتهم ، و إنما هي سلطة في يد القضاة فلو شأوا لم يسعفوا المتهم في هذا الإجراء ، و لا يكونون بذلك قد أخطئوا في تطبيق القانون طبقا لما جاء ، في القرار رقم 20147 مؤرّخ في 1999/07/26⁽³⁾ .

-2- العقوبة في حالة الجنحة المشددة :

تكون العقوبة في حالة الجنحة المشددة بالحبس أيضا ، ولكن المشرع الجزائري في هذه المرة كان متشددا و أكثر قسوة في عقاب المعتدي على الملكية العقارية ، إذا ما اقترن بفعل الانتزاع أحد ظروف التشديد المذكورة في المادة 386 فقرة 2 السالفة الذكر .

(1) قرار رقم 112469 ، مؤرّخ في 1994/05/29 ، المجلة القضائية ، عدد 03 سنة 1994 ، ص 289 .

(2) راجع في ذلك : عبد الله سليمان ، المرجع السابق ، ص 463

(3) راجع في ذلك : أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 27

الفصل الثاني _____ الحماية الجنائية لحق الملكية العقارية الخاصة

وتختلف ظروف التشديد عن عناصر الجريمة ، فالليل ليس جريمة في حدّ ذاته ولكنه ظرف من شأنه متى توافر ، ساعد الجاني على ارتكاب فعله فاللص يستتر بستار الظلام ، وهذا ظرف مساعد و مشجع للتعدّي على ملكية الغير ، أو القتل أو السرقة .

و إذا كان الجاني الذي قام بفعل الانتزاع حاملا السلاح سواء كان قد استعمله أو لم يستعمله ، و سواء كان السلاح مخبأ أو ظاهر ، فإن عقوبة الحبس تضاعف إلى سنتين كحدّ أدنى و إلى عشر سنوات كحدّ أقصى .

و إذا كان ظرف التهديد هو جريمة في حدّ ذاته طبقا لنص المادة 284 من قانون العقوبات يعاقب عليها القانون ، إلا أنه إذا اقترن بفعل الانتزاع المنصب على ملكية عقار ، فإنه يصبح ظرفا مشدداً ، حيث يعاقب على فعل التهديد المجرّم بالمادة 284 من قانون العقوبات ، بنفس عقوبة التعدّي على الملكية العقارية ، في حالة الظرف المشدد من حيث عقوبة الحبس أما إذا اقترن الفعل المجرّم بأكثر من ظرف مشدد ، كما لو اقترن الانتزاع بظرف الليل مع حمل السلاح ، وتعدّد الجناة و استعمالهم للكسر و التسلّق و العنف ، فإن ذلك لا يغير من تكييف الجريمة من جنحة إلى جناية ومن العقوبة إلى السجن المؤبد بدلا من الحبس ، بل تبقى الجريمة جنحة مشددة و عقوبتها لا تتجاوز الحبس لمدة عشر سنوات .

أما فيما يخص الغرامة ، فإذا ارتكب الجاني جنحة التعدّي على الملكية العقارية ، و اقترن فعل الاعتداء بظرف من الظروف المشددة الستة ، فإن عقوبة الغرامة تتراوح بين 10.000 دج كحدّ أدنى و 30.000 دج كحدّ أقصى ، و نجد أن المشرّع قد رفع الغرامة في حالة الظروف المشددة بالنسبة للحد الأدنى إلى حوالي 5 مرات ، وبالنسبة للحد الأقصى إلى مرّة ونصف .

و تجدر الإشارة إلى أن المشرّع قد جمع بين عقوبة الحبس و عقوبة الغرامة سواء كانت في حالة الجريمة العادية أو الجريمة المشددة⁽¹⁾ ، و الأمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي في أن يحكم بعقوبة الحبس و عقوبة الغرامة معا . و يجوز في حالة إفادة المتهم بظروف التخفيف أن يحكم بالغرامة دون الحبس حتى و إن كانت العقوبة المقررة هي الحبس و الغرامة ، وهذا ما قرّره المحكمة العليا في القرار

(1) راجع في ذلك : الفاضل خمار ، المرجع السابق ، ص 46

رقم : 207752 ، المؤرخ في 1999/07/27 « ليس ثمة ما يمنع جهات الحكم إذا قرّرت إفادة المتهم بالظروف المخففة المنصوص عليها في المادة 53 من قانون العقوبات من الحكم عليه بالغرامة دون عقوبة الحبس ، حتى وإن كانت العقوبة المقررة هي الحبس و الغرامة »⁽¹⁾

المطلب الثاني :

موقف الاجتهاد القضائي من الجريمة

إن غياب تعريف دقيق لمصطلحي الخلسة و التدليس من الناحية الفقهية ، جعل بالمحكمة العليا تلجأ إلى الاجتهاد لتحديد مفهوم هذين العنصرين ، حيث جاء في قرار لها مؤرخ في 1989/01/17⁽²⁾ مايلي : « حيث أنه كان يتعين على مجلس قضاء المدية ، و قبل تطبيق المادة 386 من قانون العقوبات بيان كيفية نزع العقار المملوك للغير خلسة و بطريق التدليس ، و خاصة و أن المادة 386 تهدف أساسا إلى معاقبة أولئك الذين يعتدون على عقار مملوك أو يرفضون إخلاءه بعد الحكم عليهم بحكم مدني مبلّغ تبليغا قانونيا من طرف العون المكلف بالتنفيذ ، وموضع التنفيذ بمقتضى محضر الدّخول إلى الأمكنة » .

و في قرار آخر صادر عن المحكمة العليا أيضا عرّف التدليس بأنه : « حيث أن التدليس العنصر المنصوص عليه في المادة 386 من قانون العقوبات يعني إعادة شغل ملكية الغير بعد إخلائها ، و هذا بعد أن تتم معاينة ذلك بواسطة محضر الخروج المحرّر من طرف العون المكلف بالتنفيذ »⁽³⁾ . ومن خلال إجتهدات المحكمة العليا السالفة الذكر يستنتج أن توافر عنصري الخلسة و التدليس في جنحة التعدي على الملكية العقارية وفقا لمقتضيات المادة 386 ق.ع ، يستدعي بالضرورة توافر العناصر التالية :

- 1- صدور حكم قضائي يقضي بالطرد من العقار
- 2- إتمام إجراءات التبليغ و التنفيذ
- 3- عودة المحكوم عليه لشغل الأماكن من جيدي بعد طرده.

(1) راجع في ذلك : أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 27 .

(2) قرار رقم 52971 مؤرخ في 1989/01/17 و مجلة قضائية ، 1991 ، عدد 03 ، ص 236

(3) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 89 .

الفرع الأول :

صدور حكم قضائي يقضي بالطرد من العقار

الحكم القضائي بالمعنى العام هو كل قرار يصدر في إطار القوانين الإجرائية من طرف هيئة قضائية منصبة بصفة شرعية من شأنه عادة أن ينهي الخصومة و أن يضع حدًا للنزاع (1) . أما في معناه الضيق فهو كل ما تصدره المحاكم وحدها من قرارات .

و بمجرد صدور الحكم القضائي يعدّ هذا الأخير أهم السندات التنفيذية و أقواها ، لأنه يفصل في النزاع بعد سماع تصريحات أطراف الخصومة و الاطلاع على الأدلة المقدّمة ، حيث تنفذ الأحكام المتضمنة للإلزام بتنفيذا جبريا - كالأحكام التي تقضي بالطرد أو إخلاء العقار المتنازع عليه - دون الأحكام المقررة أو المنشئة » (2) .

ونحن بصدد دراسة جنحة التعدي على الملكية العقارية الخاصة فالحكم القضائي الذي نقصده هنا هو الحكم المدني الذي تم بموجب الفصل في الملكية .

أو تكريس الحيازة في حالة الاعتداء عليها . ، ذلك أن القاضي المدني هو المختص بالفصل في نزاعات الملكية العقارية الخاصة (3) ، و بالإضافة إلى هذا يجب أن يكون الحكم الناطق بالطرد حكما نهائيا سواء كان صادرا عن قاضي موضوع أو قاضي استعجال ، فما دام القضاء قد فصل في الملكية و نسبها إلى أحد طرفي الخصومة ، و أمر بطرد الطرف الثاني فالنيابة هي المكلفة بتنفيذ الأحكام القضائية ، و يعتبر الحكم نهائيا إذا استنفذ طرق الطعن العادية من معارضة واستئناف ، و حاز حجية الشيء المقضي فيه .

أي يقبل فقط الطعن فيه بطريق من طرق الطعن غير العادية من التماس إعادة النظر ، و النقض (4) و اعتراض الغير الخارج عن الخصومة ، حيث ليس لطرق الطعن هذه أثر موقوف (5) .

(1) راجع في ذلك : يحي بكوش : الأحكام القضائية وصياغتها الفنية ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، ط 1984 ، ص 9

(2) راجع في ذلك : عبد الرحمان بربارة ، المرجع السابق ، ص 84 .

(3) راجع في ذلك : الفاضل خمار ، المرجع السابق ، ص 29

(4) راجع في ذلك : يحي بكوش ، المرجع السابق ، ص 29

(5) المادة 199 من قانون الإجراءات المدنية : « ليس للإلتماس أثر موقوف » ، و المادة 238 من قانون الإجراءات المدنية : « ليس للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا موقوف » .

و لكون جلّ القضايا العقارية التي ترمي إلى استصدار حكم بالطرد من العين المتنازع عليها ، تكون من اختصاص قضاة الموضوع لمساسها بأصل الحق ، و أحكامها لا تنفذ إلا بعد أن تستنفذ طرق الطعن العادية ، غير أن استقرار الفقه و القضاء على اعتبار بعض المنازعات المتعلقة بالطرد من اختصاص قاضي الاستعجال ، و الفصل فيها يكون مشمولاً بالنفاذ المعجل ، و حينئذ يكون القضاء المستعجل مختصاً باستثناء بالنظر في بعض القضايا التي تعدّ من اختصاص قضاة الموضوع طبقاً للقواعد العامة و نذكر على سبيل المثال :

- α طرد الشاغل بدون سند أو وجه حق من العين التي يشغلها .
- α طرد المستأجر من العين المؤجرة إذا ثبت سوء نيته و عدم سداد مبلغ الإيجار مع تواجد الشرط الفاسخ في العقد .
- α تمكين المستأجر من إعادة وضع يده على العين إذا كانت قد سلبت منه بالقوة أو الخداع أو التهديد .

و لا يفوتنا أن نشير أن الأحكام القابلة للمعارضة و الاستئناف لا يجوز تنفيذها كقاعدة عامة. و استثناء على هذه القاعدة يجوز تنفيذ الأحكام الصادرة عن قسم الاستعجال دون انتظار ما قد تسفر عنه المعارضة أو الاستئناف⁽¹⁾ .

كما جاء في قرار المحكمة العليا بأن : « الأوامر التي تصدر في المواد المستعجلة لا تمس أصل الحق ، ومن المقرر أيضاً أن تدخل قاضي الاستعجال يعدّ ضرورياً لوضع حدّ لتعدّي مالك المحل التجاري في استيلائه على قاعدة مؤجرة للغير بصورة قانونية ، ومن ثم النعي على القرار المطعون فيه بما يثيره الطاعن من تجاوز السلطة ، وعدم الاختصاص غير سديد و يتعين رفضه »⁽²⁾ .

وكمثال على القضايا التي يختص بها قاضي الاستعجال نص المادة 22 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 ، المتضمن النشاط العقاري ، و التي تنص على مايلي :

« إذا انقضى عقد إيجار مبرم قانوناً ، يتعين على المستأجر أن يغادر الأمكنة »⁽³⁾ .

(1) راجع في ذلك : محمد حسنين ، طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية ، د.م.ج ، ط1996، ص49

(2) قرار رقم 32135 ، مؤرخ في 09/03/1985 ، مجلة قضائية ، عدد 02 سنة 1990، ص 130

(3) راجع في ذلك : المرسوم التشريعي رقم 03/93 ، المؤرخ في 01/03/1993 ، المتضمن النشاط العقاري ، جريدة

رسمية عدد 14 ، سنة 1993

حيث تأخذ عقود الإيجار المبرمة قانونا وفق أحكام المرسوم المذكور أنفا حكم السند التنفيذي ، بنفس درجة الأحكام النهائية، و نفس الشيء بالنسبة للمادة 02 من نفس المرسوم التي ألغت حق البقاء في الأمكنة المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري ، ذلك أن عقود الإيجار الممهورة بالصيغة التنفيذية تعدّ كالأحكام النهائية ينطبق عليها ما هو مقرر لتلك الأحكام عند وضعها .

و عليه نستخلص مما سبق أنه يجب استصدار حكم من القاضي العقاري (قاضي الموضوع) أو القاضي الاستعجالي ، يقضي بطرد المعتدي من العقار محلّ المطالبة القضائية ، و أن يكون الحكم نهائيا قابلا للتنفيذ الجبري .

الفرع الثاني :

إتمام إجراءات التبليغ و التنفيذ

لا يكفي استصدار حكم نهائي حائز لحجية الشيء المقضي فيه ، يقضي بطرد المعتدي من العقار محلّ المطالبة القضائية ، بل يجب أن يبلغ و ينفذ هذا الحكم ، و يتطلب ذلك توافر مايلي :

1- أن يباشر التبليغ و التنفيذ عون مؤهل .

2- أن يتم التبليغ بصورة صحيحة .

3- أن يباشر التنفيذ بالوسائل الودية أولا ⁽¹⁾ .

فإذا لم يستجب المحكوم ضده رغم صحّة الإجراءات المتبعة ، و باءت كل المحاولات الودية بالفشل ، يلجأ إلى التنفيذ الجبري بواسطة القوّة العمومية لتمكين المحكوم لصالحه من الملكية المتنازع عليها . و فيما يلي سنعرض لبيان المقصود من التبليغ و التنفيذ .

(1) - راجع في ذلك : عبد الرحمن بربارة ، المرجع السابق ، ص 86

أولاً : أن يباشر التبليغ و التنفيذ عون مؤهل

إن الشخص المؤهل قانوناً للقيام بإجراء التبليغ هو المحضر القضائي طبقاً لما تقضي به المادة 05 فقرة 1 و فقرة 2 من القانون رقم 03/91⁽¹⁾ المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي التي جاء فيها مايلي : « المحضر ضابط عمومي يتولى تبليغ المحررات و الإعلانات القضائية و الإشعارات التي تنص عليها القوانين و التنظيمات عند ما لا ينص القانون على خلاف ذلك . كما يقوم المحضر بتنفيذ الأحكام القضائية في كل المجالات ماعدا المجال الجزائي ، وكذا المحررات أو السندات في شكلها التنفيذي » .

ويتضح من فحوى المادة المذكورة أن إجراءات التبليغ منوطة لفئة معينة تمارس صلاحياتها في إطار المهن الحرة .

و تدخل في إطار طائفة المساعدين القضائيين الذين يحوزون اعتماد رسمي من طرف السلطة المختصة أي من طرف وزارة العدل و يقومون بالمهام التالية :

- القيام بتنفيذ العقود أو السندات في شكلها التنفيذي ، كالقيام بعملية الطرد أو الحجز و إجراء الحجز التحفظي .

- إعداد عقود تسمى سندات و تبليغها إلى المرسل إليهم عن طريق تسليمهم نسخاً و كذا تبليغ العقود و الإجراءات الأخرى لاسيما أحكام المحاكم و المجالس القضائية⁽²⁾

و بعد صدور القانون رقم 03/91 توقف العمل بنص المواد 329 و 330 من قانون الإجراءات المدنية ، في شقها المتعلق بالشخص المكلف بالتنفيذ ، حيث كانت سابقاً مهمة التبليغ و التنفيذ ، موكلة لكاتب ضبط يعينه ممثل النيابة العامة على مستوى المحاكم و ينتدب للقيام بمهام القائم بالتنفيذ لمدة غير محددة . و على هذا الأساس لا يمكن الاحتجاج بصحة إجراءات التبليغ و التنفيذ ما لم يباشرها عون مؤهل حائز على إذن من السلطة العمومية سواء في ظل النظام القديم أو ما جاءت به أحكام القانون الجديدة رقم 03/90 .

(1) راجع ، قانون رقم 03/91 ، مؤرخ في 1991/01/08 ، المتضمن تنظيم مهنة المحضر ، جريدة رسمية

عدد 02، سنة 1991

(2) دليل المحضر ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، طبعة 1992 ، ص 5

و عليه فإن لم ينفذ الحكم القاضي بالطرد ، و بقي المتهم حائزا للعقار ، لا تقوم جنحة التعدي على الملكية العقارية ⁽¹⁾ وهذا ما قررته المحكمة العليا في قرار رقم 70 مؤرخ في 1988/02/02 : « إن حرث المتهمين للقطعة الترابية قبل تنفيذ القرار ، لا يعتبر فعلا يدان من أجله المتهمان ، ذلك أن القطعة الترابية المذكورة لم تخرج من حوزتها ما دام الطرد لم ينفذ ، و لا يعتبر ملكا للطرف المدني المحكوم له إلا ابتداء من تحرير محضر الطرد على يد عون التنفيذ » ⁽²⁾.

ثانيا : أن يتم التبليغ بصورة صحيحة

إن التبليغ الصحيح للأحكام والقرارات الصادرة عن الجهات القضائية من طرف المحضر القضائي يكون بتسليم نسخة من السند المراد تبليغه إلى الخصم ، شرط أن التبليغ طبقا للقواعد والأصول المنصوص عليها قانونا ، وفقا لأحكام المواد 26,24,23,22 من قانون الإجراءات المدنية ويتم التبليغ في إحدى الصور التالية :

1- إما بتسليم نسخة من السند المراد تبليغه إلى الخصم المطلوب تبليغه ويؤشر في آخر المحضر " مخاطب إياه شخصا "

2- إلى أحد أقاربه أو تابعيه أو البوابين أو أي شخص يقيم بالمنزل نفسه ويذكر "مخاطبا فلان" .

3- إستحال تسليم نسخه لعدم العثور على الشخص المطلوب ، أو من يمثله قانونا ، أو رفض المعني بالاستلام ، يقوم المحضر القضائي في هذه الحالة بالإشارة إلى الواقعة في ذيل المحضر ويعدّ التبليغ صحيحا .

4- إذا كان المطلوب تبليغه مقيما في الخارج ، يرسل التبليغ إلى النيابة ويؤشر وكيل الجمهورية على الأصل ويحوّل النسخة لوزارة الشؤون الخارجية ليتم تسليمها إلى المبلغ له عن طريق أعوان ديبلوماسية وقنصليين أو لأي سلطة بمقتضى اتفاقيات ديبلوماسية ⁽³⁾ .

والحكمة من التبليغ الصحيح هو إعلام الشخص بمحتوى ما قضت به الجهات القضائية ، وحساب آجال الطعن ، فإذا تعلق الأمر بحكم غيابي يبدأ سريان مهلة المعارضة بـ 10 أيام

(1) راجع في ذلك : الفاضل خمار : المرجع السابق ، ص 30

(2) راجع في ذلك : بوسقيعة أحسن : المرجع السابق ، ص 146

(3) راجع في ذلك : عبد الرحمن بربارة ، المرجع السابق ، ص 88

إبتداء من تاريخ التبليغ ، فإن قام المعني بالمعارضة توقف تنفيذ الحكم ، أمّا إذا لم يستعمل حقه في المعارضة سواء عمداً أو بإهماله ، سقط حقه في المعارضة ، واعتبر الحكم حضورياً قابلاً للاستئناف خلال مدة شهر واحد (1) .

وعند انقضاء مهلة الـ 20 يوماً المحددة بالمادتين 330 و 332 من قانون الإجراءات المدنية ، نبدأ مباشرة إجراءات التنفيذ الجبري ، ويعتمد المحضر أثناء فترة مقدمات التنفيذ على الصورة التنفيذية للحكم الممهورة بالصيغة التنفيذية طبقاً للمادة 320 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على ما يلي : « كل حكم أو سند لا يكون قابلاً للتنفيذ إلا إذا كان ممهوراً بالصيغة التنفيذية : الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية - بإسم الشعب الجزائري » وينتهي بالصيغة التالية بعد عبارة بناء على ما تقدّم : « على جميع أعوان التنفيذ ، تنفيذ هذا الحكم » . « وعلى النواب العامين ووكلاء الجمهورية لدى المحاكم مدّ يد المساعدة اللازمة لتنفيذه » « وعلى جميع قواد وضباط القوّات العمومية تقديم المساعدة اللازمة لتنفيذه بالقوة عند الإقتضاء إذا طلب إليهم ذلك بصفة قانونية ، وبناء عليه وقع هذا الحكم » .

ثالثاً : مباشرة التنفيذ إبتداءاً بالوسائل الودية

إن ما تواتر العمل به في قضايا الطرد ، أن لا يلجأ المحضر القضائي إلى إجراءات التنفيذ الجبري ، إلا إذا باءت المحاولات الودية بالفشل ، فبعد إنتهاء مهلة الـ 20 يوماً أي مدة التنفيذ الإختياري ، يقوم المحضر القضائي بإجراء محاولة طرد ضد المحكوم عليه ، فإذا إستجاب هذا الأخير تحرّر المحضر يثبت عملية الطرد ، أمّا في حالة رفض الإخلاء فيحرر محضر عدم جدوى محاولة الطرد ، ويذيل هذا المحضر بالعبارة التالية : « و نظراً لأجابته برفض إخلاء الأمكنة موضوع النزاع ، انسحبنا بدون إجراء طرده من الأمكنة المذكورة مع حفظ حقوق طالب التنفيذ و نلتمس من السيد وكيل الجمهورية مصادقة القوة العمومية و ذلك إجراء طرده بالقوة منها و هذا طبقاً لأحكام المادة 324 ف2 و 3 من ق.إ.م المعدلة و المكّلة بالأمر رقم : 80/71 المؤرّ في 1971/12/29 و المنشور الوزاري رقم : 03 المؤرّخ في 1972/03/01 المتضمن تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية مع جميع التحفظات ».

(1) راجع في ذلك : محمد حسنين ، طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية ، مرجع سابق ، ص 43

كما يجوز للمحضر القضائي أن يقوم بمحاولة طرد ثانية ، إذا كان يعتقد أن المنفذ عليه سيستجيب حتى يتجنب اللجوء إلى القوة العمومية ، التي تعدّ آخر وسيلة يلجأ إليها المحضر القضائي طبقاً لمادة 324 من قانون الإجراءات المدنية ، فيلجأ المحضر إلى والي الولاية المختص إقليمياً تحت إشراف السيد وكيل الجمهورية لإشعاره بأنه سيقوم بتنفيذ حكم الإخلاء كما يلتزم من وكيل الجمهورية بواسطة إرسالية موازية بالمساعدة اللازمة عن طريق تسخير القوة العمومية حيث وفي اليوم المحدد وبحضور المحضر والمحكوم لصالحه يتم التنفيذ⁽¹⁾ .

* فإذا تعلق الأمر بقطعة أرضية فلاحية أو معدة للبناء يحرر المحضر القضائي محضر تنزيل بعد الطرد.

* أمّا بالنسبة للسكنات ، فنميز بين ما إذا كان المحكوم ضده حاضراً ، فيسلم المنفذ للمحكوم لصالحه محضر طرد مع تسليم المفاتيح ، بعد التأكد من إخلاء العين⁽²⁾ ، أمّا إذا كان المحكوم ضده غائباً فتنطبق أحكام المادة 342 من قانون الإجراءات المدنية . ويحرر محضر فتح باب المسكن وحصر الأشياء مع تسليم المفاتيح .

وقد جاء في قرار للمحكمة العليا رقم 75 مؤرخ في 15/02/1983م « حيث أن المادة 386 من قانون العقوبات التي أشار إليها القرار وطبقها على الطاعن تعاقب كل من حكم عليه بحكم نهائي بإخلاء ، عقار ملك للغير وإمتنع عن مغادرته بإرادته رغم صدور أحكام نهائية وتنفيذها عليه من طرف المنفذ الشرعي »⁽³⁾ .

الفرع الثالث :

عودة المنفذ عليه لشغل الأماكن بعد طرده منها

لا يمكن أن تنشأ جريمة التعدي على الملكية بمجرد انتزاع عقار مملوك للغير ، بل لا بدّ من توافر عنصري الخلسة و التدليس وفق منظور المحكمة العليا ، و بمفهوم المخالفة يستبعد من مجال التجريم الدخول إلى العقار المملوك للغير لأول مرة ، ذلك أن الاجتهاد الثابت للمحكمة العليا اشترط الرجوع إلى احتلال الأماكن من جديد بعد صدور حكم نهائي يقضي

(1) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 92

(2) راجع في ذلك : عبد الرحمن بربارة ، المرجع السابق ، ص 89

(3) راجع في ذلك : الفاضل خمار ، المرجع السابق ص 31

بإخلائها ، و تبليغ و تنفيذ هذا الحكم ، فإذا ثبت عودة المنفذ عليه إلى العقار ، جاز للمحكوم لصالحه رفع دعوى جزائية ضد المعتدي بتهمة التعدي على الملكية العقارية طبقا للمادة 386 من قانون العقوبات شرط أن يرفق شكواه بالحكم أو القرار القضائي الفاصل في النزاع بالطرد ، وكذا محضر التنزيل ، أو تسليم المفاتيح لأن هذين السندين يشكلان وسيلة إثبات لقيام جريمة التعدي على الملكية العقارية الخاصة ، لاسيما ركن التدليس ، و في مقابل هذا لا تنشأ جريمة التعدي على الملكية العقارية ، إذا ما تم انتزاع عقار مملوك للغير دون توافر عنصري الخلسة والتدليس ، وكذلك طبقا لقرار رقم 448 مؤرخ في 15/05/1990م ، وهذا

مؤداه : « يرتكب الجنحة من حكم عليهم بالتخلي عن الأرض ، و نفذت عليهم الأحكام والقرارات وطردوا من قبل المنفذ من العقار فعادوا إليه في الحال و احتلوا الأرض وتصرفوا في محاصيلها ⁽¹⁾ .

ولما كانت القاعدة القانونية عامة ومجردة ، فإن مسألة تطبيقها قد تتخللها صعوبات تتعلق باستخلاص المعنى الحقيقي للنص والكشف عن مضمونه ، ومقصد المشرع منه لذلك وجد التفسير ، أي لوضع حدّ للخلاف الذي قد يثور بين الجهات القضائية شأن تطبيق نص معين ، وهذا ما يعرف بالتفسير التشريعي ، أو ما يباشره فقهاء القانون في مؤلفاتهم ، وهذه الأخيرة غير ملزمة للقضاء ، وهذا ما يعرف بالتفسير الفقهي ، وإما أن يقوم القضاء وهم بصدد الفصل في القضايا المعروضة عليهم بتجسيد حكم القانون على الوقائع دون حاجة لأن يطلب منهم الخصوم ذلك ، وهذا ما يعرف بالتفسير القضائي ، الذي يعدّ أكثر الأساليب عملا فأكثرها انتشارا ، لأن القاضي ملزم بالفصل في القضايا التي بين يديه بموجب حكم ، حتى ولو واجهه غموض ألفاظ وتناقض أحكام نص تشريعي وآخر .

فالتفسير لا ينشئ قاعدة قانونية جديدة ، لأن ذلك من اختصاص السلطة التشريعية ممثلة في البرلمان ، وإنما تسهل فهم النص دون تحميله لمعاني جديدة قد تبعده عن القصد الحقيقي للمشرع ، سواء تعلق الأمر بنص مدني أو جزائي و التفسير لا يتعارض مع مبدأ الشرعية الجنائية طبقا لنص المادة الأولى من قانون العقوبات . ففي النظم الأنجلوساكسونية تعد السابقة القضائية مصدرا أساسيا للقانون ، حيث يجب العمل بها و أخذها بعين الاعتبار في القضايا المماثلة .

(1)راجع في ذلك : حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، المرجع السابق ، هامش ، ص 93 .

غير أنه في ظل النظم اللاتينية مثل الجزائر فإن السابقة القضائية لا تعدّ إلا مصدرا تفسيريا للقانون .لأن القرارات الصادرة عن المحكمة العليا التي تعدّ أعلى هيئة قضائية ، و إن كانت اجتهاداتها من الناحية العملية تشكل نقطة إشعاع يسترشد بها القضاة و يعملون بما استقرّ عليه اجتهادهم ، إلا أن ذلك لا يجعل منها بأي حال من الأحوال قانونا أو مصدرا من مصادر القانون التي نصت عليها و حدّتها المادة الأولى من القانون المدني ، رغم أن الدكتور عمار بوضياف ⁽¹⁾ يرى بأن الأحكام و القرارات القضائية المخالفة للاجتهاد القضائي تكون موجبة للنقض إذا خالفت اجتهادات المحكمة العليا .

و خلاصة كل هذا أن المحكمة العليا و إن حاولت تفسير مفهومي الخلسة و التدليس ، فهي لم تثبت على مفهوم واحد لكل منهما و فهي تارة تفسر الخلسة بما تفسّر به التدليس أو العكس ، وتارة أخرى تحاول إعطاء مفهوم مستقل لكل واحد منهما ، ثم إن تفسيرها للتدليس مبالغ فيه لا يكفل الحماية اللازمة التي جاءت من أجلها المادة 386 من ق.ع فمن احتل عقار دون وجه حق ، لأول مرّة لا يعد مرتكبا لجريمة الاعتداء على الملكية العقارية ، و كأنها تحمي المعتدي على الملكية العقارية ⁽²⁾ .

إلا أن لهذا التفسير ما يبرره من الناحية الواقعية ، ذلك أن حماية الملكية العقارية في بلادنا يطرح إشكالات عديدة نتجت عن الفترة الاستعمارية ، لتضطرم بواقع يكرّس عدّة وضعيات كالحيازة بدون سند ، أو عقود لا تحمل مواصفات العقود الناقلة للملكية العقارية كعقد لا يشير إلى المساحة أو إلى المعالم الحدودية أو إسم القطعة الأرضية ، خاصة و أن الجزائر بصدد مسح أراضيها و هذا ما جعل المحكمة العليا تصرف الأطراف أمام المحاكم .

للحصول على سندات تثبت ملكيتهم و كذلك لأن موضوع التعدي على الملكية العقارية لا يمثل أحد موضوعات القانون المدني ؛ و هذا عالجناه بشيء من التفصيل في الفصل الأول من هذه المذكرة ؛ و عليه فإن القانون الجزائي لا يتدخل إلا إذا استنفذت كل سبل الدعوى المدنية ⁽³⁾ .

(1) راجع في ذلك : د. عمار بوضياف ، النظرية العامة للقانون ، دار ريحانة ، الجزائر ، بدون تاريخ نشر ، ص 150

(2) راجع في ذلك : حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 93 .

(3) راجع في ذلك : الفاضل خمار ، المرجع السابق ، ص 32 .

المطلب الثالث :

الجرائم الماسة بحرمة الأماكن السكنية و التعدي على ملكية الغير

سبق و أن قمنا بتحليل محتوى المادة 386 من قانون العقوبات لأن المشرع الجزائري قد حصر التعدي على الملكية العقارية فيها ، إلا أن هذا لا يمنع من وجود جرائم أخرى من شأنها أن تؤدي إلى الاعتداء على ملكية الفرد .

تصدى لها المشرع الجزائري في نصوص قانونية أخرى ، لأن الحماية المتوخاة من نصوص المواد 295 و 135 و 413 من قانون العقوبات تهدف إلى تحقيق غرض مزدوج وهو حماية الحياة الخاصة للأفراد ، إضافة إلى حماية حرمة المنازل ، في مقابل المادة 386 من قانون العقوبات التي تهدف إلى حماية الملكية فقط باعتباره حقا مقدسا وذو طبيعة اجتماعية لا يجوز المساس به أو الاعتداء عليه .

و قد حرصت الدساتير الجزائرية على مبدأ عدم جواز انتهاك حرمة المنازل حيث نصت المادة 40 من الدستور الحالي الصادر في 1996/11/28 على مايلي :

« تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن ، فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون ، وفي إطار احترامه ، و لا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة»⁽¹⁾ ، وكذلك جريمة إساءة استعمال السلطة التي تعدّ الوجه الثاني لجريمة انتهاك حرمة منزل ، وهذا ما سنعالجه في فرع أول ، لنخصص الفرع الثاني لجرائم التعدي على ملك الغير .

(1) يقابل هذه المادة من الدستور الحالي و المادة 38 من الدستور الجزائري لسنة 1989 و المادة 50 من الدستور الجزائري لسنة 1976 .

الفرع الأول:

الجرائم الماسة بحرمة الأماكن السكنية

سبق وأن بينا حرص الدساتير الجزائرية على عدم السماح بانتهاك حرمة المنازل ، وتظهر الجرائم الماسية بحرمة الأماكن السكنية في صورتين ، الأولى تتعلق في جريمة مسكن ، والثانية ، في جريمة إساءة استعمال السلطة ضد الأفراد ، لذلك سنقوم بدراسة هذا الفرع في عنصرين نحاول من خلالهما توضيح المواد التي تنسجم مع الإطار العام و التي تهدف إليه الحماية الجزائية ، كونها تتصدى الاعتداء على الملكية ، حيث نتعرض أولا إلى جريمة انتهاك حرمة مسكن ، وثانيا بجريمة إساءة استعمال السلطة ضد الأفراد .

أولا : جريمة انتهاك حرمة مسكن

تنص المادة 295 من القانون العقوبات على : «كل من يدخل فجأة أو خدعة أو يقتحم منزل مواطن يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات ، وبغرامة من 1000 إلى 10.000 دج ، وإذا ارتكبت الجنحة بالتهديد أو بالعنف تكون العقوبة من خمس سنوات على الأقل إلى عشر سنوات على الأكثر ، وبغرامة من 5000 إلى 20.000 دج »
فما المقصد بانتهاك حرمة منزل؟ ، وما هي الأركان المسكونة للجريمة؟ وعناصر التشديد؟

يقصد بانتهاك حرمة منزل ، كل دخول بالقوة أو التهديد إلى منزل الغير وقد عرفت المحكمة العليا جريمة انتهاك جريمة منزل في قرارها رقم 9988 مؤرخ في 1975/03/18 بأنها هي الاقتحام بصفة غير شرعية والدخول إلى مسكن الغير بالعنف أو التهديد أو الغش⁽¹⁾

1 أركان الجريمة:

يستخلص من نص المادة 295 من قانون العقوبات أن أركان الجريمة ثلاثة وهي :

- أ — دخول منزل أو محل مسكن أو معد السكن
- ب — أن يكون مرتكب الفعل شخصا أجنبيا عن شاغل المنزل
- ج — أن يقترب الدخول بعدم رضا الشاغل

(1) راجع في ذلك : جيلالي بغدادي ، مرجع سابق ، ص ، 104

أ - دخول منزل أو محل مسكون أو معد للسكن:

يعرف المنزل بأنه المكان الذي تمارس فيه الحياة الخاصة ⁽¹⁾ إلا أن المشرع لم يشر إلى المقصود بالمنزل في حالات يكون فيها للإنسان عدة أماكن يشغلها لممارسة حياته الخاصة ، وهذا ما جعل القضاء يعتمد على فحوى المادة 355 من القانون العقوبات باعتبارها المادة الوحيدة التي تطرقت مفهوم المنزل بقولها : « يعد منزلا مسكونا كل من أو دار أو غرفة أو خيمة أو كشك ولو متنقل متى كان مقرا للسكن ، وإن لم يكن مسكون وقت ذاك ، وكافة توابعه مثل الأحواش وحظائر الدواجن ومخازن الغلال والإسطبلات ، والمباني التي توجد بداخلها مهما كان استعمالها حتى ولو كانت محاطة بسياج خاص داخل السياج أو السور العمومي »

حيث أشارت المحكمة العليا في قرار لها بأنه : « لا يشترط أن يكون المنزل مسكونا بل يكفي أن يكون العقار معدا للسكن ، وتحوزه المجني عليها بأي طريق من طرق الحياة المشروعة » ⁽²⁾ وتخرج من دائرة المنزل الأراضي الفضاء وكل ما ليس من لواحق المنزل .

ويتشترط لتوافر هذا الركن أن يقوم الجاني بالدخول فعلا إلى مسكن مواطن فجأة أو بطريق الخديعة ، حيث أن الدخول إلى مسكن الغير دون حق من الشخص عادي لا يحدث إلا فعل الدخول إلا نادرا ، وإن وجد غالبا ما يكون من أجل ارتكاب جريمة ثانية ، أي الدخول إلى المسكن يعد وسيلة للقيام بفعل إجرامي غالبا ما يكون السرقة ⁽³⁾ ويستوي في ذلك أن يدخل الفاعل المسكن أو الحديقة أو السطوح أو غيرها من لواحق المنزل ، ولا يشترط أن يكون المواطن مالكا للسكن بل يكفي أن يكون شاغلا بسند أو بغير سند ، ولا يشترط أن يكون المسكن مسكونا بل يكفي أن يكون معدا للسكن ، كما أن المحاولة للدخول إلى المسكن لا يشكل جريمة لعدم النص عليها ⁽⁴⁾ ، وكذلك لا يشكل طرق الباب أو التواجد بمحاذاة المسكن اعتداء على حرمة المسكن .

(1) راجع في ذلك : الفاضل خمار ، المرجع السابق ص 48

(2) قرار رقم 78566 مؤرخ في 1991/01/26 ، مجلة قضائية ، العدد الأول لسنة 1996 ، ص 205

(3) راجع في ذلك : الغوتي بن ملح ، جريمة انتهاك حرمة مسكن في القانون الجزائري ، ص 91 رسالة ماجستير في العلوم الجنائية ، جامعة الجزائر ، بن عكنون سنة 1990 ، ص 91 .

(4) قرلر رقم 59456 ، مؤرخ في 1990/01/23 ، مجلة قضائية العدد الثاني لسنة 1991 ص 238 .

ب - أن يكون مرتكب الفعل شخصا أجنبيا عن شاغل المنزل :

لأن دخول شاغل المنزل أو المقيم فيه مع غيره يعد أمرا بديهيا ولا تتحقق فيه شروط قيام الجريمة ، والأجنبي هو الشخص غير المالك أو الحائز .
ويقصد بالشخص الأجنبي أو المواطن كل شخص يقيم على التراب الوطن ويستوي في ذلك الأجنبي والشخص الذي يحمل الجنسية الجزائرية ، فالعبرة ليس بجنسية الضحية ، إنما بهدى الاعتداء على حرمة الساكن والحياة الخاصة للأفراد ، وبالتالي يجوز للجزائري أو الأجنبي المقيم بصفة شرعية على التراب الجزائري ، أن يقدم شكوى إلى النيابة العامة ضد الجاني كما له حق تكليف الفاعل بالحضور طبقا للمادة 337 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية فالشخص المعتدى عليه غير مطالب بتقديم سند الملكية ، لأن الحياة الظاهرة كافية لقيام عنصر الصفة ، حتى ولو كان المقيم بالمنزل معتديا ووجوده يتصف بانعدام وجه الحق⁽¹⁾ ، فيكون في هذه الحالة على المتضرر اللجوء إلى القضاء المدني أو الجزائي لاسترجاع ما ضاع منه دون حاجة إلى اقتحام العين محل النزاع .

ج - أن يقترن الدخول بعدم رضا الشاغل :

يعاقب الشخص الذي دخل إلى منزل مسكون أو معدا للسكن طبقا لنص المادة 295 من قانون العقوبات إذا دخل فجأة أو خدعة أو فتح منزل مواطن ، و المقصود بالفجأة أن يلجأ الشخص المقتحم للمسكن إلى طريقة يتجنب بها رقابة وإشراف صاحب المسكن أو حائزه ، و بصفة عامة كل من له الحق بما في ذلك الزوجة والأولاد⁽²⁾ . و بمفهوم المخالفة لا يعاقب على الدخول العادي لأنه لا يشكل اعتداء ، لأن الدخول الذي جرّمه القانون هو الذي يقترن بعدم الرضا كاستعمال العنف و التهديد أو الخدعة و أو المفاجأة . حيث جاء في قرار للمحكمة العليا رقم 53224 ، مؤرخ في 1983/01/03 : « متى كان من المقرر قانونا أن أركان جريمة إقتحام حرمة منزل تتمثل في الدخول فجأة أو خدعة أو اقتحام منزل مواطن ، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه الذي اقتصر في حيثياته :

(1) راجع في ذلك : عبد الرحمان بربارة ، المرجع السابق ، ص 105

(2) راجع في ذلك : الغوتي بن ملحة ، المرجع السابق ، ص 92 .

أن المشتكي كان يحتل شقة من الطابق الأول من طرف أب المتهم ، وبعد وفاة هذا الأخير قام المتهم بطرده من الشقة بدون حكم، ودون أن يبرهن على توافر أركان جنحة انتهاك حرمة منزل ، وهي دخول منزل بالقوة ، فإن هذا القرار مفتقر للتسبب و الأساس القانوني ، ومتى كان كذلك استوجب نقص القرار المطعون فيه ⁽¹⁾ .

و في قرار آخر « تقتضي جنحة اقتحام حرمة منزل توافر عنصرين أساسيين وهما : الدخول إلى المنزل و استعمال إحدى الوسائل الآتية : المفاجأة ، الخدعة أو العنف ، و هذان العنصران غير متوفرين في قضية الحال ما دام المتهم لم يدخل بيت الضحية ، و إنما اكتفى بالدق على نافذة غرفتها » و الأركان الثلاث المشار إليها أعلاه ، متى توفرت أدت إلى قيام الجريمة ، ولو لم يكن الباعث من الاعتداء سلب الحيازة ، إنما كشف الحرمة و رفع الستار دون وجه حق عن الحياة الخاصة للمواطنين .

2- الظروف المشددة و العقوبة

أ- الظروف المشددة :

لم تكن المادة 295 من قانون العقوبات في نصّها الأصلي ⁽³⁾ تحتوي على وصفين جديدين تم إضافتهما إلى نص المادة في صيغتها الجديدة بمقتضى التعديل الطارئ على المادة 295 بموجب القانون رقم 04/82 المؤرخ في 13/02/1982 ، و قد فعل المشرّع الجزائري الصواب عندما انتبه إلى الفراغ القانوني في نص المادة 295 من قانون العقوبات ، لما يشكل ذلك من خطورة على حرية الأشخاص و مساكنهم ⁽⁴⁾ ، فأضاف عنصري المفاجأة و الخدعة و جعلهما صفتان متلازمتان لقيام الجريمة و اكتمال أركانها . و يعد ظرفي التهديد و العنف من الظروف المشددة التي ذكرتها المادة 295 السالفة الذكر في فقرتها الثانية ، وقد سبق الإشارة إلى مفهوم كل منهما في المطلب الأول من هذا المبحث بمناسبة تحليل المادة 386 من قانون العقوبات ، إلا أن المشرّع لم ينص على الظروف المشددة الأخرى .

(1) المجلة القضائية ، قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا ، العدد 04 ، سنة 1991 ، ص 284 و 285

(2) قرار رقم 117647 ، مؤرخ في 1995/05/21 ، أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 104 .

(3) النص الأصلي للمادة 295 ق.م قبل التعديل : « كل من يقتحم بالتهديد أو بالعنف منزل مواطن يعاقب بالحبس من ستة أيام إلى ثلاثة أشهر و بالغرامة من 500 إلى 1800 دج » .

(4) راجع في ذلك : الغوتي بن ملحّة ، المرجع السابق ، ص 93 .

وهو بصدد جنحة انتهاك حرمة منزل ، و ذلك يمكن أن نعتبره سهوا منه ، فكيف يعقل أن لا ينص على ظرف الليل الذي يعدّ أهم الظروف المشددة ، لأنه وقت الراحة و الهدوء و السكينة ، فهل من المستساغ أن يعاقب الجاني الذي قام بالفعل ليلا ، كالذي قام به نهارا ، و هل نكون بصدد وصف جنائي موحد سواء تعدد الفاعلين أم كنا أمام فاعل واحد ؟

ب- العقوبة :

تبعا لنص الفقرتين الأولى و الثانية للمادة 295 من قانون العقوبات يتم تكييف فعل انتهاك حرمة مسكن فإما أن يكون جريمة بسيطة أو جريمة مشددة .

ب1- العقوبة في حالة الجريمة البسيطة :

طبقا للفقرة الأولى من المادة 295 من قانون العقوبات يتخذ فعل انتهاك حرمة مسكن وصف جريمة بسيطة أي جنحة بسيطة يعاقب عليها كل من يدخل فجأة أو خدعة أو يقتحم منزل مواطن بالحبس من سنة إلى خمس سنوات ، وبغرامة من 1000 إلى 10.000 دج و ذلك حماية لحرية الأفراد و ممتلكاتهم ، المكفولة دستوريا (1) .

ب2- في حالة الجريمة المشددة :

طبقا للفقرة الثانية من المادة 295 السالفة الذكر فأن الفعل المنصوص عليه في هذه الفقرة إذا اقترن بالتهديد أو العنف فأن العقوبة تضاعف فتصبح الحبس من خمس سنوات إلى عشر سنوات ، و الغرامة من 5000 إلى 20.000 دج ، و الجنحة هنا تتخذ وصف جنحة مشددة ، و تحافظ على وصفها الجنائي هذا و لا تتغير إلى جناية رغم العقوبة المشددة ، و يتعين التفرقة هنا بين ما إذا ارتكب الفعل مواطن عادي و نكون بصدد جنحة التعدي على حرمة مسكن المادة 295 ق.ع و بين ما إذا ارتكب الفعل من طرف موظف عام و نكون بصدد جنحة إساءة استعمال السلطة المادة 135 من ق.ع .

(1) راجع في ذلك : الفاضل خمار ، المرجع السابق ، ص51

ثانيا : جريمة إساءة استعمال السلطة ضد الأفراد :

تعتبر جريمة إساءة استعمال السلطة الوجه الثاني لجريمة انتهاك حرمة مسكن ، و بالرغم من اتحاد كلتا الجريمتين في الدخول دون رضا شاغل المسكن ، وانتفاء نية سلب الملكية، إلا أنهما تختلفان في صفة مرتكب الفعل، فنكون بصدد قيام جنحة إساءة استعمال السلطة متى قام موظف عام بصفته هذه بالدخول إلى منزل مواطن دون موافقته، حيث يفترض أن المواطن ما كان يسمح لذلك المواطن بالدخول لولا الصفة المستعملة التي شلت إرادة صاحب المنزل ، وخارج الحالات المنصوص عليها قانون (1) حيث تنص المادة 135 من قانون العقوبات على ما يلي : « كل موظف في السلك الإداري أو القضائي، وكل ضابط شرطة ، وكل قائد أو أحد رجال القوة العمومية دخل بصفته المذكورة منزل أحد المواطنين بغير رضاه ، وفي غير الحالات المقررة في القانون وبغير الإجراءات المنصوص عليها فيه، يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 500 دج إلى 3000 دج .دون الإخلال بتطبيق المادة 107 (2) من قانون العقوبات» وسوف نبين فيما يلي أركان هذه الجريمة والظروف المشددة والعقوبة .

1- أركان الجريمة :

طبقا لنص المادة 135 من قانون العقوبات يتضح أن لهذه الجريمة أربعة أركان وهي :

- أ - دخول منزل أو محل مسكون أو معد للسكن.
- ب - أن يكون مرتكب الفعل موظفا أو من في حكمه.
- ج - أن يقع الدخول بغير رضا .
- د - أن يقع الدخول في غير الحالات المقررة في القانون وبغير الإجراءات المنصوص عليها فيه .

أ - دخول منزل أو محل مسكون أو معد للسكن :

حيث يرتكب فعل الدخول من طرف أحد رجال القوة العمومية أو الموظفين ومن في حكمهم إلى منزل أحد المواطنين بدون رضاه وغير الحالات المقررة قانون .

(1)راجع في ذلك : الفاضل خمار، المرجع السابق، ص 52 .

(2)تنص المادة 107 من قانون العقوبات : « يعاقب الموظف بالحبس المؤقت من خمس إلى 10 سنوات ،إذا أمر بعمل تكتمي أو مايمس سواء بالحرية الشخصية للفرد ،أو بالحقوق الوطنية لمواطن أو أكثر»

والمقصود بالعبارة الأخيرة هو عدم احترام قواعد التفتيش المحددة وفقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية (1) .

ب- أن يكون مرتكب الفعل موظفا أو من في حكمه :

ينبغي أن ينتمي الفاعل في هذه الجريمة إلى أحد الوظائف التي تتميز بالسلطة ، كأن يكون موظفا في إدارة عمومية أو قاضيا أو ضابط شرطة قضائية أو قائدا أو أحد رجال القوة العمومية ، حيث يقوم بالدخول إلى أحد المساكن بصفته هذه (2) طبقا لنص المادة 15 وما بعدها من قانون الإجراءات الجزائية ، إضافة إلى بعض القوانين الخاصة كقانون الجمارك (3) .

ج- أن يقع الدخول بغير رضا :

كقاعدة عامة يجب أن يكون دخول الموظف إلى منزل أحد المواطنين برضا صاحبه ، أو ضمن الحالات التي يقررها القانون ، حيث تنعدم الجريمة إذا توافر ركن الرضا ، وكان الدخول إلى المنزل لفرض يقرره القانون .

د- أن يقع الدخول في غير الحالات المقررة في القانون :

يعد دخول المساكن بغير رضا أصحابها مساسا خطيرا بحرية الأشخاص ، كمبدأ عام ، لذا تدخل المشرع بسن بعض الاستثناءات تتمثل في حالات يسمح لها القانون ، كحالة التفتيش والبحث عن المجرمين ، أو عن أدلة جريمة متلبس بها أو حجز المنقولات أو في حالة الجرائم الموصوفة الأعمال الإرهابية أو التخريبية (4) .

يخضع التفتيش والدخول لقواعد قانونية مشتركة وقيود يمكن حصرها فيما يلي :

(1) راجع في ذلك : عبد الرحمن بربارة ، المرجع السابق ، ص 107 .

(2) راجع في ذلك : جيلالي بغدادي ، المرجع السابق . ج 2 . ص 15 و 16

(3) راجع في ذلك : المادة 47 من قانون 10/98 مؤرخ في 1998/08/22 ، المعدل والتهم للقانون رقم 07/79 مؤرخ في 1979/07/21 . التي تحدد إمكانية دخول أعوان الجمارك المؤهلين للمنازل للتفتيش بعد الموافقة الكتابية من الجهة القضائية المختصة .

(4) راجع الموارد : 87 مكرر إلى مكرر 9 . 45 . 44 ، 47 ، 64 من قانون الإجراءات الجزائية .

- (1)- ارتكاب الجريمة فعلا .
 - (2)- أن يتعلق الأمر بجناية أو جنحة .
 - (3)- أن يقوم بالإجراء قاض أو ضابط شرطة قضائية حاصل على إذن من الجهة القضائية المختصة .
 - (4)- أن تتم المهمة في حدود التوقيت المقرر قانونا .
 - (5)- أن يحضر عملية التفتيش صاحب المنزل .
- ويترتب على عدم احترام الشروط أعلاه بطلان الإجراء

2- الظروف المشددة والعقوبة:

لم ينص المشرع على ظروف مشددة، بل اكفي بصورة واحدة هي الجريمة العادية التي يعاقب عليها بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 500 دج إلى 3000 دج، إلا أنه أشار في المادة 107 ق.إ.ج على تحول الجنحة إلى جناية يعاقب عليها بالحبس المؤقت من خمسة إلى عشر سنوات إي تشديد العقوبة، نظر لأهمية الحريات الفردية وخطورة الجناية .

الفرع الثاني:

جرائم التعدي على ملك الغير :

سبق وأن تطرقنا إلى الاعتداء الذي ينصب على الملكية العقارية الخاصة طبقا للمادة 386 من قانون العقارات، والذي من شأنه سلب ملكية الفرد، ثم تطرقنا إلى نص المادة 295 و135 من نفس القانون التي توضح نموذجا آخر للاعتداء العقارات الخاصة دون نية سلب ملك الغير، أي دون نية التملك أو الظهور بمظهر المالك لأن الهدف من حماية ملك الغير من الاعتداء كالمروور على ملك الغير أو نقل أو إزالة الحدود، هو في الحقيقة الأمر حماية الأملاك من الاستعمال والاستغلال ولو لفترة وجيزة قد لا تتعدى لحظات بغض النظر عن الحالة التي تكون عليها القطعة الأرضية لأن جريمتي المروور على ملك الغير وجريمة نقل أو إزالة الحدود لا تلحق إلا بالعقارات غير المبنية، وهذا ما سنتناوله .

أولاً- جريمة المرور على ملك الغير:

يعد المرور على ملك الغير من القيود التي تلحق حق الملكية التي نص عليها المشرع في المواد 693 إلى 696 من القانون المدني ، وحيث يعتبر حق المرور من حقوق الارتفاق التي تضمنتها المواد 867 وما بعدها من القانون المدني.

وإن كان المشرع الجزائري قد نص على جريمة المرور على ملك الغير ضمن المخالفات المتعلقة بالأموال بشكل عام، بموجب المادة 458 من العقوبات في فقرتها الثانية على مايلي: « يعاقب بغرامة من 20 إلى 50 دج ويجوز أن يعاقب أيضا بالحبس لمدة خمسة أيام على الأكثر :

...كل من دخل أرضا لم يكن مالكا أو مستأجر أو منتفعا أو مزارعا لها، أو لم يكن له الحق فيها أو في المرور بداخلها ، أو لم يكن مندوبا أو نائبا عن أحد هؤلاء فمر في هذه الأرض أو في جزء منها سواء كانت مهياة للزراعة أو مبنورة أو كانت بها حبوبا أو ثمارا ناضجة أو على وشك النضج»

من خلال هذه المادة يتضح أن جريمة المرور على ملك الغير تكيف بأنها مخالفة ، وهي لا تخص مرور المواشي أو الحيوانات (أو عربات الجر) ، لأن المسؤولية التي يتحملها حارس الحيوان تدخل ضمن القسم الثالث من الفصل الثالث المتضمن العمل المستحق للتعويض ، أي أن الضرر التي تحدثه الحيوانات إثر مرورها على ملك الغير ، تنتج عنه دعوى مدنية يرفضها صاحب الأرض على صاحب أو حارس الحيوانات أو المواشي بهدف الحصول على التعويض أو ما يعرف بمسؤولية حارس الحيوان ، وإنما المقصود هنا هو مرور الإنسان نفسه على أرض الغير دون إذن صاحبها ، ودون أن يحمل صفة مالك أو مستأجر أو منتفع أو مزارع ، أي دخل و هو لا يملك الحق في ذلك ، ولا وجود لمبرر للدخول (1) .

(1) الفاضل خمار ، المرجع السابق ، ص 58 .

وإن كان فعل المرور على ملك الغير هذا لا يؤدي إلى سلب الملكية أو الحيازة من صاحبها ، لأن مجرد استعمال الأرض المملوكة للغير أي المرور دون موافقة وإذن صاحبها يشكل فعلا مجرما ، ولو لم يلحق هذا الفعل ضررا ماديا بالعقار ، فإذا دخل الشخص عنوة دون رضا المالك تتوافر أركان الجريمة ويعاقب الجاني بالغرامة من 20 إلى 50 دج كما يجوز أن يعاقب بالحبس لمدة خمسة أيام على الأكثر .

والمرور على ملك الغير يعد اعتداءا ظرفيا ⁽¹⁾، أعطاه المشرع وصف الجريمة ، ولما كان الفعل يتسم بدرجة قليلة من الخطورة طبقا للعقوبة المقررة له ، فقد كیفه المشرع الجزائي على أنه مخالفة بسيطة لا ترقى إلى درجة الجرح ، كما هو الحال بالنسبة لجريمة التعدي على الملكية العقارية الخاصة طبقا لنص المادة 386 من قانون العقوبات .

ثانيا : جريمة نقل أو إزالة الحدود .

نصت المادة 703 من القانون المدني على أن لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملكهما الملاصقة ، وتكون نفقات التحديد مشتركة بينهما ، وهذا ضمن القسم الثالث المعنون بالقيود الواردة على حق الملكية ، من الفصل الأول المتضمن حق الملكية بوجه عام من الباب الأول المتضمن حق الملكية من الكتاب الثالث المتضمن الحقوق العينية الأصلية ، إلا أن المشرع الجنائي جرم الأفعال التي من شأنها أن تنقل أو تزيل الحدود ونص عليها في المادة 417 من قانون العقوبات التي تنص على مايلي : « كل من ردم حفرة أو هدم سورا مهما كانت المواد التي صنع بها ، أو قطع أو إقتلع سياجا أخضرا أو أخشابا جافة منه أو نقل أو ألغى أنصاب الحدود وأية علامات أخرى غرست لفصل الحدود بين مختلف الأملاك أو تعورف عليها كفاصل بينها يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 1000 دج »

ومن خلال نص المادة يتبين أن جريمة نقل أو إزالة الحدود تقوم بتوفير الأركان التالية :

(1) راجع في ذلك : جريارة عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص 101

1- أركان الجريمة :

وهي أربعة

أ - الفعل المادي الذي يفيد النقل أو إزالة .

ب - نوع الشيء ،محل الإزالة أو النقل .

ج - وجود ملكية مجاورة للغير .

د - القصد الجاني .

أ - الفعل المادي يفيد النقل أو الإزالة :

طبقا للمادة 417 من قانون العقوبات فقد عدد المشرع الجزائي مجموعة من الأفعال تنفيذ نقل معالم الحدود ،أو إزالتها كفعل الردم والهدم والقطع ،والقلع ، والنقل والإلغاء ، وذلك على سبيل المثال لا الحصر ، وينتج عن ذلك إمكانية تصور أفعال أخرى تنفيذ نقل الحدود أو إزالتها ⁽¹⁾ ، كما لم ينص على الطريقة التي يتم بها النقل أو الإزالة ، فيمكن أن يقع باليد أو بأداة أو آلة أي شيء آخر .

ولا يكفي لتحقيق هذا الركن أن يقوم الشخص بالدخول إلى أرض الغير بغير رضا صاحبها فقط ، بل يلتزم أن يحصل الإتلاف أو القطع ، ولا يشترط أن يكون الفاعل مالكا للأرض المجاورة ، بل يكفي أن تكون له صفة ما ، على العقار ، كالمستأجر مثلا .

ب - نوع الشيء محل النقل أو الإزالة :

وهو الركن المميز لهذه الجريمة ، وقد عبر المشرع عنه بعدة صور فقد يكون محل النقل أو الإزالة طبقا لنص المادة حفرة أو سياجا أو سورا ، سواء كان طبيعيا أو إصطناعيا . كما قد يكون ربوة أو أحجارا أو صخورا ، أو مجرى مياه ، يكون الغرض منه فصل الحدود عن بعضها البعض ، فكل ما تعارف الناس عليها كحدود وفواصل بين الملكيات يصح أن يكون محلا للجريمة ، كالأشجار الخضراء ، أو الأخشاب اليابسة ، والعلامات المصنوعة من الفولاذ أو أي معدن آخر ، ويستوي هذا المفهوم على الأراضي الزراعية كما على أراضي البناء ⁽²⁾

(1) راجع في ذلك : الفاضل خمار ، المرجع السابق ، ص 59 .

(2) راجع في ذلك : معوض عبد الثواب ، الوسط في شرح جرائم التخريب و الإتلاف والحريق دار المطبوعات الجامعة

طبعة 1989 ، ص 171

ويستوي في ذلك إن كانت الإزالة أو النقل قد إستهدفت جزء من المحل أو كله ،إذا كان ذلك يؤدي إلى تغير الحدود المتعارف عليها ، فلا تقوم الجريمة في حالة ما إذا أزيل جزء من الحد وبقي منع جزء آخر، يصلح لتحديد الأملاك ،أما في حالة كون الجزء الباقي لا يصلح أن يكون حدا فإن الجريمة تعتبر قائمة .

ج - وجود ملكيات مجاورة للغير:

يعتبر قيام المالك بإزالة الحد أو الفاصل بين ملكيته و ملكية جاره أساس قيام الجريمة ⁽¹⁾ و لا تقوم الجريمة في حالة ردم حفرة إلا إذا كانت هذه الأخيرة حدا فاصلا بين أرضين ، وإزالة أوتاد وصغت بإتفاق الجارين كحد فاصل بين ملكيتهما يشكل جريمة ويعاقب عليها ،بالمادة 417 من قانون العقوبات ،ولأجل ذلك فلا يمكن أن نتصور أن يكون الجاني إلا جارا ، وله ملكية مجاورة للجاني وهذه إما يستشف من نص المادة 703 من القانون المدني السالفة الذكر ، إلا إن الجريمة لا تقوم إذا قام المالك بإزالة الحد الذي يفصل بينه وبين ملكية جاره بعدما قام بضم ملكية كأن يكون اشتراها منه وانتقلت ملكية جاره إليه .

د - القصد الجنائي :

يتوفر القصد الجنائي متى أقدم الجنائي على فعل من الأفعال التي من شأنها تغير معالم الحدود ، كالجاني الذي يهدم سورا فاصلا بين ملكه وملك جاره ،وهو يعلم ويدرك بأنه أزال حدا متعارفا عليه ،كفاصل بين ملكيتين متجاورتين ، ولا عبرة بالدوافع التي جعلته يزيل الحد أما لو كان الجار وهو يزيل حدا بينه وبين جاره يعتقد أن ذلك الحد داخل في ملكيته فعليه أن يلجأ إلى القضاء لتغير الحد ،إذا عجز عن تغييره وديا ،قبل الإقدام على فعل الهدم أو الإزالة ،أما إذا تحقق سوء النية بمجرد القيام بأحد الأفعال التي تفيد نقل أو إزالة الحد ويعد غير مقبول الدفع لعدم العلم ،لذلك تعتبر جريمة نقل أو إزالة الحدود جريمة عمدية تتطلب قصدا جنائيا عاما .

(1)-إزالة الحد لا يشكل جرما في حد ذاته إلا إذا كان هذا الحد قد وضع كفاصل بين ملكيتين متجاورتين فأكثر .

2- العقوبة :

لم يورد المشرع الجزائري ظرفا مشددا بشأن جريمة نقل وإزالة الحدود كما فعل المشرع المصري ، واكتفى بذلك بصورة واحدة للجريمة ، وتأخذ جريمة نقل وإزالة الحدود وصف الجنحة ، ويعاقب عليها بموجب المادة 417 من قانون العقوبات بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 1000 دج

إلا أنه يشترط لتوقيع العقوبة أن يترتب على نقل العلامات أو إزالتها ضياع تام وكامل للحدود ، فإذا وجد بقية ثابتة لا تضيع عليها المعالم ، فلا عقوبة ، ويتوقع العقوبة على الجاني في هذه الجريمة ، يكون المشرع قد أضفى حمايته على الأملاك وأصحابها ، درءا للاعتداءات مما يشجعهم على استغلال أراضيهم مما ينعكس على وفرة الإنتاج الزراعي .

المبحث الثاني منازعات الملكية العقارية الخاصة وصور الاعتداء على العقارات

بعد ما تعرضنا في المبحث الأول إلى جريمة الاعتداء على الملكية العقارية الخاصة ، سوف نتعرض في هذا المبحث إلى مصير الدعوى العمومية من وقت نشأتها إلى حين الفصل في موضوع الخصومة الجزائية ثم نتطرق إلى صور أخرى للاعتداءات الواردة على العقار بصفة عامة، حيث تجرّم تلك الأفعال إمّا ضمن قانون العقوبات أو ضمن القوانين الخاصة ، في حالة ما إذا وقع الاعتداء على عقارات مبنية أو عقارات غير مبنية ، وتبعا لذلك تقسم المبحث إلى ثلاث مطالب كما يلي :

مطلب أول : منازعات الملكية العقارية الخاصة أمام القضاء الجزائي

مطلب ثاني: الجرائم الواقعة على العقارات المبنية

مطلب ثالث : الجرائم الواقعة على العقارات غير المبنية .

المطلب الأول

منازعات الملكية العقارية الخاصة

أمام القضاء الجزائي

تعتبر الدعوى العمومية ، الوسيلة القانونية لحماية حقوق المجتمع من التصرفات غير المشروعة جزائيا، وإن كان الغرض من الدعوى المدنية هو جبر الضرر، والتعويض ، فإن الغاية من الدعوى العمومية هي المطالبة بتوقيع العقاب وتحقيق الردع العام والخاص ، وإن كانت النيابة العامة كقاعدة عامة ، والسلطة الإدارية ممثلة في شخص والي الولاية استثناء مؤهلون للتدخل الفوري لاستعادة الملكية الوطنية المغتصبة، إذا ما تم الاعتداء عليها، وذلك دون الإخلال بالأحكام المتعلقة بمتابعة الجاني أمام القضاء الجزائي ، فهل يمتد هذا التدخل ليشمل كذلك حالات التعدي على الملكية العقارية للخواص ؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه ضمن ثلاث فروع . نخصص الأول : لمراحل الدعوى العمومية وعبئ الإثبات فيها، والثاني : لتدخل النيابة العامة في الجرائم العقارية والأوامر الصادر عنها ، والثالث : للفصل في المتابعة الجزائية .

الفرع الأول

مراحل الدعوى العمومية وعبئ الإثبات فيها

تعرف الدعوى بأنها وسيلة قانونية نحول للشخص حق اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحماية حقه من الاعتداء الذي وقع عليه .

أما الدعوى العمومية ، فهي الوسيلة القانونية لحماية حقوق المجتمع من التصرفات غير المشروعة ، فهي ترمي إلى توقيع الجزاء الجنائي ، وتهدف إلى وضع حدّ للاضطراب الذي يلحق بالمجتمع من جرّاء اقتراف الجريمة ، فغايتها الرئيسية هي المطالبة بتوقيع العقاب وتحقيق الردع العام و الخاص .

وتتميز الدعوى العمومية بطبيعتها العامة لأن النيابة العامة تملك سلطة المتابعة ، واتخاذ الإجراءات التي تراها مناسبة لذا فهي تتوب المجتمع قانونا في مجال قانون العقوبات .

وتمرّ الدعوى العمومية بثلاث مراحل تبدأ بالنشأة ثم التحريك ، فالمباشرة

أولاً : مراحل الدعوى العمومية

1- نشأة الدعوى العمومية

تنشأ الدعوى العمومية مع ارتكاب الجريمة ⁽¹⁾ لذلك فهو تولد مترامنة مع ميلاد الجريمة أي من لحظة ارتكاب الفعل المجرم أي استناد إلى حق المجتمع في العقاب ⁽²⁾ ، إلا أن نشوء الدعوى العمومية لا يعني بالضرورة أنها تتحرك ، إن يمكن أن تنشأ هذه الأخيرة و لا تتحرك ، حسب كل جريمة ، إضافة إلى ما يقتضيه مبدأ ملائمة المتابعة الذي تتميز به النيابة العامة دون سواها من الجهات القضائية وكذلك قيود رفع الدعوى .

وعليه فإن نشأة الدعوى العمومية يقتزن آلياً بوقوع الجريمة ، أو بارتكاب إحدى الأفعال المنصوص والمعاقب عليها وفقاً للتشريع الجزائي ، وينطبق ذلك على الجرائم الماسة بالأموال العقارية الخاصة ، حيث تكون أمام نشوء دعوى عمومية سواء تقدّم الطرف المتضرر بشكوى أمام الجهات القضائية المختصة ، أو تنازل عن حقه في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بوقف الاعتداء على ملكيته ، وتوقيع الجزاء الجزائي المناسب فكل شخص إذن تعرّض عقاره للتعدي أو انتهكت حرمة مسكنه ، ولم يتخذ في مقابل هذا أي ردّ فعل يرمي إلى استعادة ، وحماية مركزه القانوني : عدّ متنازلاً عن حقه المدني المتمثل في التعويض ، إلا أن هذا لا يشكل مانعاً من نشوء الدعوى العمومية أو عائناً أمام النيابة العامة لممارسة صلاحياتها في تحريك الدعوى العمومية ما لم يوجد قيد قانوني يحول دون ذلك .

(1) راجع في ذلك : د. طاشور عبد الحفيظ ، محاضرات في الإجراءات الجنائية ، أقيمت على طلبية قسم الكفاءة المهنية للمحاماة ، قسنطينة ، دفعة 2004-2005 .

(2) راجع في ذلك : د. إسحاق إبراهيم منصور ، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية . الطبعة الثالثة ص 19 .

2- تحريك الدعوى العمومية

يقصد بتحريك الدعوى العمومية ، اتخاذ الإجراءات المناسبة من أجل تقديم الأطراف أمام المهمة القضائية المختصة ، ويعتبر ذلك من إجراءات المتابعة ، بما فيها البدء بالتحريات ، وضبط الوقائع ، ثم نسب تلك الوقائع إلى شخص معلوم أو مجهول وكقاعدة عامة ، النيابة العامة بوصفها ممثلة المجتمع هي السلطة المؤهلة قانونا ، والمخولة لممارسة هذه الصلاحية بالنسبة لكافة الجرائم ، بما فيها تلك المتعلقة بالعقارات ، إلا أن المشرع الجزائي لم يقصر صلاحية تحريك الدعوى العمومية على النيابة بشكل مطلق ، بل أجاز للطرف المتضرر تحريك هذه الأخيرة ، بمراعاة الشروط المحددة في قانون الإجراءات الجزائية ، إما عن طريق الإدعاء المباشر أو بواسطة التكليف بالحضور إلى جلسة المحاكمة أو بموجب شكوى مصحوبة بإدعاء مدني أمام قاضي التحقيق طبقا لنص المادتين 72 و 73 من قانون الإجراءات الجزائية ، ويعد هذا الإجراء بمثابة نقطة إنطلاق الدعوى العمومية خلافا للقاعدة العامة⁽¹⁾ .

3- مباشرة الدعوى العمومية

يقصد بمباشرة الدعوى العمومية ، جميع الإجراءات المتخذة منذ الانتهاء من توجيه التهمة للفاعل إلى غاية صدور الحكم ، مروراً بكافة المراحل بما فيها إحالة الملف على الجهات القضائية الفاصلة في موضوع الدعوى . وتقديم الطلبات وسير الجلسات والطعون المقدسة ، فمباشرة الدعوى العمومية إجراء لاحق عن النشأة والتحريك ، فلا يمكن اتخاذ أي إجراء يكون الهدف منه محاكمة المتهم دون أن تقوم الجريمة أصلا ، ودون توجيه التهمة بناء على الأفعال المرتكبة ، فكل إجراء يكون الغرض منه البت في القضية سواء بالإدانة أو البراءة يعد بمثابة إجراء ضمن المباشرة ، حيث تنص المادة 29 ، الفقرة الأولى من قانون الإجراءات الجزائية على ما يلي : « تباشر النيابة العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع وتطالب بتطبيق القانون »

(1) Dr . Ahmed Abed . la saisie du juge d' instruction - opu - Ena L - édition 1988- page 34-35

وتتطلب مباشرة الدعوى العمومية توافر عنصرين :

*** النيابة العامة :** التي أعطاهها المشرع صلاحية الإشراف عليها

*** والمتهم :** وهو من تقع عليه المتابعة الجزائية بغض النظر إذا كان فاعلا أصليا أم شريكا في الجريمة .

ولعلّ أهم ما يميز الدعوى العمومية خضوعها لمبدأ الملائمة حسب المادة 36 من قانون الإجراءات الجزائية « يباشر بنفسه أو يأمر باتخاذ جميع الإجراءات اللازمة للبحث والتحري عن الجرائم المتعلقة بقانون العقوبات ، يبلغ الجهات القضائية المختصة بالتحقيق أو المحاكمة لكي تنظر فيها أو تأمر بحفظها بقرارها قابل دائما لإلغاء » (1)

والهدف من إقرار مبدأ ملائمة المتابعة لفائدة النيابة العامة هو تمكينها من صلاحيتين :

*** الأولى :** سلطة تحريك الدعوى العمومية ، وتوجيه التهمة ، تبعا للوصف الجزائي الذي تراه مناسبة بالطبع بعد دراستها للملف مع احترام ما يقتضيه مبدأ الشرعية الجنائية ، وبعد تحريكها للدعوى العمومية تفقد النيابة صلاحية حفظ الملف بموجب قرار مسبب ، فلا تستطيع سحب الملف أو ترك الخصومة ، لأن الاختصاص انتقل من دائرة المتابعة الأولية إلى جهات الحكم بما فيها القاضي الجزائي ، ولا يبقى أمام النيابة العامة إلا تقديم التماسها كتابيا أو شفويا أمام الجهة المختصة .

*** أما الثانية :** فهي جواز إتباع إحدى الوسائل المنصوص عليها قانونا لتحريك الدعوى العمومية ، ومنها إحالة القضية إما على جهة التحقيق بموجب طلب إفتتاحي أو حالة التلبس ، أو بطريق الإدعاء المباشر ، ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك ، كوجوب التحقيق في الوقائع التي تأخذ وصف الجنائية طبقا للمادة 66/ فقرة أولى من قانون الإجراءات الجزائية : « التحقيق الابتدائي وجوبي في مواد الجنايات » .

ونظرا للسلطات الواسعة التي تتمتع بها النيابة العامة عند تحريك الدعوى العمومية ، و دفعا لأي انحراف قد يؤثر سلبا على حقوق الأفراد ، وإضفاء السرعة على بعض القضايا المتعلقة بطائفة معينة من الجرائم .

(1) راجع القانون رقم 01-08 المؤرخ في 26 يونيو 2001م المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية .

أجرى المشرع الجزائري تعديلا على نص قانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون رقم 24/90 ، مؤرخ في 1990/08/18م حيث استحدثت المادة 337 مكرّر ، التي تعطي صلاحية تحريك الدعوى العمومية للمدعي المدني وفي مقابل هذا يقتصر دور النيابة في إجراء إداري يتمثل في تسجيل القضية ليس إلا ، دون أن يتسنى لها إبداء الرأي في جدوى المتابعة أو مدى توافر عناصر الجريمة إلا أن المشرع الجزائري لم يدخل جريمة التعدي على الملكية العقارية ضمن الجرائم التي يترك النظر فيها للطرف المتضرر طبقا للنص المادة 337 مكرر ق.إ.ج إنما أبقى سلطة تحريك الدعوى العمومية بيد النيابة العامة ، وفق ما تراه مناسبا (1) .

ثانيا : عبئ الإثبات الجنائي

إنّ تحريك الدعوى العمومية من قبل النيابة العامة موقوف على مدى توفر أدلة الإثبات الجنائية ، ممّا يحقق رجحان كفة الإدانة ، حيث تكتسي مسألة الإثبات أهمية بالغة سواء أمام جهة الاتهام أو جهة الحكم و يقصد بالإثبات إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حدّدها القانون في شأن وجود واقعة محلّ نزاع . (2)

فالهدف من الإثبات هو التحقق من ارتكاب الجريمة ونسبتها للمتهم ليتأسس الحكم عليها كما يلعب الإثبات دورا هاما في تحديد العقوبة من حيث إبراز ظروف وملابسات الجريمة لنكون بصدد التشديد أو التخفيف ، ويقع عبئ الإثبات في المسائل الجزائية على عاتق النيابة العامة بوصفها سلطة اتهام وليس على المتهم أن يثبت براءته .

أمّا فيما يخص كفاية الأدلة ، فهي مسألة متروكة للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ، الذين يملكون السلطة الواسعة في تقدير وتقييم ما جاءت به النيابة العامة ، والدفاع حين مناقشة الأدلة المقدمة للمحكمة ، ووسائل الإثبات لا تعدو أن تكون وسائل استئناس ، يستأنس بها القاضي عند الفصل في الدعوى .

(1) راجع في ذلك : عبد الرحمن بربارة ، المرجع السابق ص 114

(2) راجع في ذلك : د. أنور سلطان ، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، الدار الجامعية للطبع والنشر ،

بيروت ، طبعة 1986 ص 4

وتبقى خاضعة للاقتناع الخاص ، طبقا لإحكام المادة 212/ فقرة أولى من قانون الإجراءات الجزائية التي تقضي « يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرف الإثبات ما عدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك ، و للقاضي أن يصدر حكمه تبعا لاقتناعه الخاص »
ويختلف الإثبات من حيث هو مجموع الوسائل المستعملة للوصول إلى إظهار الحقيقة حول فعل معين ، وتكوين اقتناع حول المسألة محل النزاع أو الشك ، عن العناصر المكوّنة للجريمة ، لأن الإثبات يقع على العناصر ومدى توافرها بما يحقق الإدانة ، فإذا كانت الإدانة بالنسبة لجريمة التعدي على الملكية العقارية الخاصة طبقا لنص المادة 386 من قانون العقوبات مؤسسة على قيام انتزاع ملك الغير عن طريق الخلسة أو التدليس ، فإن مهمة الاتهام تنحصر في إثبات توفر هذه الأركان ، وبما أن المشرع لم يضبط الأدلة التي تشكل وسائل إثبات جريمة التعدي على الملكية العقارية كما فعل بالنسبة لجرائم أخرى كزنا مثلا فهذا يجعل مجال الإثبات يظل مفتوحا متروكا شأن تقديره لقاضي الموضوع ، سواء تعلق الأمر بمحاضر الضبطية القضائية أو تصريحات الشهود أو إقرار المتهم أو ما يقدمه المدعي المدني .

وقد أكدت ذلك المحكمة العليا في قرار صادر عن القسم الأول للغرفة الجنائية الثانية في الطعن رقم 35.131 صادر بتاريخ 1985/10/25م جاء فيه : « الأصل أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته نهائيا ، و أن عبء الإثبات على النيابة العامة التي تقوم بتحريك الدعوى العمومية ومباشرتها » فالمتهم غير مطالب بإثبات براءته ، إضافة إلى أنه غير مكلف بالمساهمة في إثبات الوقائع المنسوبة إليه إعمالا لقرينة افتراض البراءة .

ويعد مبدأ افتراض البراءة في المتهم ، ما لم تثبت إدانته بمقتضى حكم قضائي نهائي فاصل في الدعوى العمومية ، أهم المبادئ التي تستند عليها المواثيق والقوانين . القائمة على إحترام حقوق الإنسان ⁽²⁾ . وقد واكب المشرع الجزائري ذلك بالقرارات لهذا المبدأ ، كمبدأ دستوري ولندكره في المادة 42 من دستور 23 فيفري 1989م ثم نقل محتواه إلى المادة 45 من دستور 28 نوفمبر 1996م التي تنص على :

(1) راجع في ذلك : جيلالي بغدادي ، المرجع السابق ، ج 1 . ص 17

(2) - المادة 11 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، الصادر بتاريخ 1948/12/10م : « كل شخص متهم بجريمة تعتبر بريئا إلى أن تثبت إدانته قانونا بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه »

« كل شخص يعتبر بريئاً حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته ، مع الضمانات التي يتطلبها القانون
»

وأهم أثر يترتب على الأخذ بمبدأ افتراض البراءة ، إعفاء المتهم من عبئ الإثبات ليقع ذلك على عاتق سلطة الاتهام ممثلة في النيابة العامة ، التي يتعين عليها أن تسعى ، من أجل تقديم الأدلة والقوانين لمحكمة الموضوع على أساس ترجيح كفة الإدانة ، طبقاً لما يقتضيه إثبات توفر العناصر العامة للجريمة التي تتمثل في الركن الشرعي ، الركن المادي ، والركن المعنوي ، والعناصر الخاصة بكل جريمة .

فإذا ما تعلق الأمر بجريمة التعدي على الملكية العقارية ، فالنيابة العامة مطالبة بإثبات الأركان العامة الخاصة للجريمة ، باستعمال كافة الطرق والوسائل القانونية كالاستعانة بالضبط القضائي ، أو عن طريق الطلب الافتتاحي الموجه لقاضي التحقيق ، من أجل إثبات الركن المادي في الجريمة وهو انتزاع عقار مملوك للغير ، ثم القصد الجنائي بإثبات قيام الجلسة أو التدليس ، ضف إلى ذلك وجود النص الجنائي . وهو نص المادة 386 عقوبات . و ذلك هو الركن الشرعي لتكون الجريمة قد استوفت أركانها الأساسية .

والإثبات في جريمة التعدي على الملكية العقارية لا يستلزم قيام حالة التلبس أو الاستمرار في الفعل إلى حين إلقاء القبض على المتهم ، بل يقتصر على إثبات فعل سلب الملكية الثابتة غير المتنازع عليها أو عودة المشتبه فيه لاحتلاله من جديد للعقار موضوع الخصومة الجزائية ، وهذا ما يشكل فعلاً غير مشروعاً ومجرماً وفق أحكام قانون العقوبات .

وجدير بالذكر أن القاضي الجزائي يملك السلطة الواسعة في الأخذ أو استبعاد ما تقدمه النيابة العامة من أدلة ، إثبات وقرائن ، بما فيها تصريحات الشهود ، وهو غير مجبر بالأخذ بالأدلة المعروضة عليه ، كما بعد الحال بالنسبة لجرائم الزنا ، السياقة في حالة سكر ، فهذه حالات ، تعتبر فيها محاضر ⁽¹⁾ الشرطة القضائية أو مصالح الجمارك ، سندات ذات حجية كاملة لا يجوز للقاضي استبعادها من مجال الإثبات .

(1) راجع في ذلك : عبد الرحمن بريارة ، المرجع السابق ، ص 117

الفرع الثاني

تدخل النيابة العامة في الجرائم العقارية والأوامر الصادرة عنها

تتمتع النيابة العامة بتقدير الملائمة ، الذي يخولها سلطة التدخل متى إستدعت الضرورة ذلك خشية تأزم الوضع واستحالة جبره في المستقبل ، و نظرا لانفرادها بصلاحية التدخل لحفظ النظام العام ، ومعالجة الحالات الطارئة التي تتطلب الحسم العاجل لعدم إمكانية تدارك الوضع لاحقا إذا ما تفاقم ، ونتج عنه أضرار جسيمة ، فهي تتدخل إلى جانب السلطة الإدارية الممثلة في الوالي من أجل استعادة الملكية الوطنية المغتصبة ، فهل يمتد إذن التدخل الاستعجال بالنسبة لحالات التعدي على الملكية العقارية للخواص ؟

أولاً : تدخل النيابة العامة في الجرائم العقارية

نظرا للسلطة الواسعة الممنوحة للنيابة العامة في مجال تقدير الأخطار الآنية ، ومدى تأثيرها في حقوق الغير ، يطرح تساؤل يتعلق بالأسباب التي تجعل النيابة العامة في الجرائم تتحفظ عن التدخل فيما لو تعرضت ملكية الغير العقارية للاعتداء ، واقتصر دورها على المتابعة الجزائية وفقا للإجراءات العادية ، أو صرف الأطراف لرفع دعواهم أمام القضاء المدني ، رغم أن للملكية مكانة كبيرة في نفوس الأفراد ، قد تدفعهم أحيانا في حالة وقوع الاعتداء عليها إلى ارتكاب جرائم قد تأخذ شكل رد فعل ، هذه الأمور عالجها المشرع المصري الذي أقرّ بضرورة تدخل النيابة العامة الفوري من أجل حماية الملكية العقارية ، و من أجل ذلك قام بتعديل قانون العقوبات المصري رقم 29 لسنة 1982م ، حيث أفرد المشرع المصري لموضوع حماية الملكية العقارية للغير بابا كاملا ضمن قانون العقوبات يحتوي على أربعة مواد وهي :

- 1- جريمة دخول عقار في حيازة آخر ، بقصد منع حيازته بالقوة أو بقصد ارتكاب جريمة فيه طبقا للمادة 369 عقوبات مصري .
- 2- جريمة دخول بين مسكون أو معد للسكن ، أو أحد ملحقاته في حيازة شخص آخر بقصد منع حيازته بالقوة أو ارتكاب جريمة فيه طبقا للمادة 370 عقوبات مصري .

3- جريمة وجود شخص في مكان مسكون مختفيا عن أعين من لهم الحق في إخراجه طبقا للمادة 371 عقوبات مصرية .

4- جريمة دخول أرض زراعية أو فضاء أو مباني ، وعدم الخروج منها ، بناء على تكليف من له الحق في ذلك حسب المادة 373 عقوبات مصري .

ويستفاد من خلال المراد الأربعة أن المشرع المصري ، ورغم استعماله لمصطلح ملك الغير عند عنوان الباب ، إلا أنه عالج الموضوع من زاوية الحيابة العملية ، حيث يتضح أن المشرع المصري يريد بالحماية الجزائية لملك الغير ، وفقا للتشريع المصري و دفع الإعتداء الواقع على الحيابة باستعمال القوة ضد الحائز (1) .

وقد عرّف الأستاذ محمد الحسيني الحيابة من الناحية الجزائية كما يلي : « إن الحيابة المقصودة في جرائم انتهاك ملك الغير (المواد 369 إلى 373 عقوبات) والتي تدخل المشرع الجنائي لحمايتها بالقانون رقم 29 لسنة 1982م ، ليست هي الحيابة بمفهومها المستقر في القانون المدني ، بل هي الحيابة الفعلية سواء كانت حيابة مشروعة مستندة إلى سند صحيح أم لم تكن كذلك ، وسواء كان الحائز مالكا للعقار أو غير مالك » (2) و استدلل المؤلف فيما ذهب إليه باجتهاد محكمة النقض المصرية :

- طعن مؤرخ في 1979/04/08م : « مناط التأثيم في جريمة دخول عقار بقصد منع حيازته طبقا للمادة 369 عقوبات ، هو ثبوت التعرض المادي للغير في حيازته لعقار حيابة فعلية نية الافتئات عليها ومنع حيازته بالقوة »

فالفرق إذن بين التشريع الجزائي والتشريع المصري ، هو أن المشرع الجزائي يهدف بالنص على المادة 386 عقوبات إلى حماية الملكية ، أو إحدى صورها الثابتة بموجب سند رسمي مشهر ، بينما المشرع المصري يحمي الحيابة الفعلية دون أن يكون الحيابة مجبرا بتقديم سند يبرز تواجده في العقار المتنازع عليه .

فمجال تدخل النيابة العامة في القانون الجزائي ، فيما يخص الجرائم العقارية ضيق ، وفقا لإجتهاد المحكمة العليا لأنها غير مخولة بتحريك الدعوى العمومية في جريمة التعدي على الملكية العقارية طبقا للمادة 386 السالفة الذكر .

(1) راجع في ذلك : د. محمد المنجي ، دراسة تأصيلية للحيابة من الناحية المدنية والجنائية ، مرجع سابق ص 249

(2) راجع في ذلك : مدحت محمد الحسيني ، الحماية الجنائية والمدنية للحيابة ، مرجع سابق ص 21

لا سيما إذا ما اقترنت بعنصر التدليس ما لم يكن في حوزتها محضر التنزيل بناء على حكم مدني نهائي فاصل في خصومة حول ملكية عقار ، عكس ما هو وارد في القانون المصري إذ تملك مجالا واسعا للتدخل في هذه الجرائم .

ثانيا : الأوامر الصادرة عن النيابة العامة

قيد المشرع الجزائي سلطات النيابة العامة ، كما تعلق الأمر بنزاع حول العقارات ، فلم يفسح لها مجال يسمح لها باتخاذ إجراء تحفظي ، أو تحريك الدعوى العمومية ، ما لم ترتكب أفعال تشكل بعناصرها المتوفرة جريمة التعدي على الملكية العقارية كما سبق ذكره ، من حيث وجوب أن تكون الملكية مشتبه بموجب سند رسمي مشهر ، وأن يكون القضاء قد فصل في النزاع حول الحق ، ففي حالة عدم قيام عناصر الجريمة أو كانت الأدلة غير كافية ، عدت الوقائع مسألة مدنية لا تستوجب تدخل النيابة العامة ، حتى ولو تبين لتلك الجهة من ظاهر الوقائع والمستندات انتهاك ملك الغير ، وينتج عن عدم التدخل صدور أمر بالحفظ الجزائي لعدم كفاية الأدلة ، وعدم جديتها ، والأمر غير قابل لطرق الطعن ⁽¹⁾ .

أما بالنسبة للتشريع المصري ، فإنه انفرد بسن قواعد قانونية جزائية أشبه ما تكون بالقضاء الإستعجالي الفاضل في الدعاوى المدنية ، حيث خول لها سلطة اتخاذ إجراء تحفظي جوازي كلما تعلق الأمر بحماية الحيابة الفعلية بوصفها الوجه الظاهر للملكية سواء كانت مشروعة تستند إلى سبب صحيح ، أو لم تكن كما لا يشترط أن يكون الحائز مالكا للعقار ، أو غير مالك .

غير أن المادة 373 مكرّر عقوبات مصري لم توضح المقصود بالإجراء التحفظي الذي تأمر به النيابة العامة لحماية الحيابة ، وعليه يجوز أن تصدر النيابة أمرا يمنع تعرض أي من الطرفين للآخر ، وأن تستند الحيابة إلى شخص أمين إلى أن يفصل في النزاع أو أن يمنع الطرفين المدعي والمدعى عليه من حيابة العين المتنازع عليها لحين الفصل في الدعوى الجزائية ، أو صدور حكم فيها .

(1) - د. إسحاق إبراهيم منصور ، المبادئ الأساسية لقانون الإجراءات الجزائية ، مرجع سابق ص 122

وقرار قاضي الحيابة قرار قضائي من نوع خاص ، تتحقق من خلاله حماية الحيابة الفعلية⁽¹⁾ فهو بمثابة حكم مستعجل شأنه شأن الأحكام المستعجلة .

الفرع الثالث :

الفصل في المتابعة الجزائية

تقوم المحاكمة الجزائية مهما كانت الجهة التي تجري أمامها ، على قواعد جوهرية وضعت لتكفل النظام العام ، فضلا عن حقوق الخصوم ، يجب إتباعها من طرف رئيس الجلسة المكلف بإدارتها⁽²⁾ وفي حالة مخالفة لتلك القواعد تبطل الإجراءات وما يميز القضايا المتعلقة بالاعتداء على الملكية العقارية الخاصة عن باقي الجرائم أنها تثير أثناء النظر في الخصومة إشكالات أربعة تتمثل فيما يلي :

أولاً : تحديد الصفة لدى الطرف المدني

تعدّ الصفة والمصلحة المنصوص عليهما في المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية حاجزين لا يمكن تخطيها إذ يجب التحقق من توفرهما قبل التعرض للقضية بالمناقشة ، و يترتب على انعدام المصلحة والصفة لدى المدعي عدم قبول الدعوى المدنية التبعية شكلا دون ما الحاجة إلى مواصلة إجراءات المحاكمة حيث تنص المادة 459 ق.إ.م :
« لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائز لصفة وأهلية التقاضي ، وله مصلحة في ذلك » .

فالمصلحة هي الحاجة إلى الحماية القضائية ، والفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من الحكم بطله ، ويشترط أن تكون للمصلحة قائمة وحالة ، فيقصد بأن تكون قائمة أن تكون موجودة ، وحالة يقصد بها مستحقه الأداء ، ومصلحة المدعي في جريمة التعدي على الملكية العقارية قائمة أساس الشكوى دفع الاعتداء بنية استرجاع الحق المغتصب .

(1) راجع في ذلك : د. محمد شتا أبو السعد ، منازعات الحيابة ، منشأة المعارف بالإسكندرية طبعة ثانية موسعة 1988 ، ص 23

(2) راجع في ذلك : طاهري حسين ، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية : دار المحمدية العامة . طبعة 1996 ، ص 89

أما الصفة فهي العلاقة التي تربط أطراف الدعوى بموضوعها ، أو صفة المدعي أي علاقته بالحق المطالب به وتعد الصفة فيما يخص الدعوى التي يهدف إلى درء الاعتداء الحاصل على الملكية العقارية من أهم الإشكالات القائمة ، إذ يتعين على القاضي أن يتأكد من المركز القانوني للمدعي وعلاقته بالحق المتنازع عليه ويكون ذلك بواسطة السندات المشبه للملكية العقارية التي سبق شرحها في الفصل الأول من هذه المذكرة والمشرع الجزائري لا يحمي الحيازة غير المشروعة أو التي لا تستند على وثيقة رسمية .

وتتبلور صفة المالك في الشخص الذي يستجمع بيده سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف ولا يمنعه من ممارسة هذه السلطات إلا ما حرّمته القوانين والأنظمة ، إلا أنه كثيرا ما تعرض حالات تقيد من حرية المالك في الانتفاع و التصرف كما في حالة التأمينات العينة والحراسة القضائية ، فهل تشكل هذه الحالات سببا في تجريد المالك من صفته وفقدانه لأهلية التقاضي ؟ .

1- حالة التأمينات العينية

التأمينات العينية هي تلك الحقوق التي تشغل حق الملكية دون أن تجرّد المالك من صفته وهي أربعة :

* الرهن الرسمي :

وهو حق عيني تبقي يترتب على عقار محدد مملوك للراهن ضمانا للوفاء بحق الدائن المرتهن ، مع بقاء هذا العقار في حيازة الراهن ، يستعمله ، ويستغله و يتصرف فيه وقد عرفته المادة 882 من القانون المدني بأنه عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه ، ويشترط أن يبرم العقد في شكل رسمي تحت طائلة البطلان و كما يجوز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو شخصا آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين ، و يسمى الراهن بالكفيل العيني .

وبمقتضى عقد الرهن الرسمي يترتب للدائن حق عيني على العقار المملوك للمدين (1) وهذا لا يعني انتقالا للملكية ، بل تظل الصفة قائمة لدى الراهن ، رغم أن حقه مثقل بالتزام نحو الغير ، فيحتفظ المدين الراهن بحقه في ملكية العقار المرهون بكل ما يخو له هذا الحق من سلطات .

* **الرهن الحيازي** : هو حق عيني تبقي ، يتم بموجبه انتقال الحيازة إلى الدائن أو إلى شخص ثالث يرتضيه المرتهن والراهن ، وللمرتهن حق الحبس على الشيء المرهون حتى يستوفي دينه تماما . يخضم قيمة الثمار من دينه ويتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء ، إلا أنه رغم ذلك تبقى ملكية العين للراهن حسب المواد من 948 إلى 981 من القانون المدني .

* **حق التخصص** : مصدره حكم صادر من المحكمة ، وهو حق عيني تبقي يتقرر ضمنا للوفاء بحق الدائن بأمر من القضاء للدائن على عقار أو أكثر من عقارات مدينه ، على أساس حكم يثبت الدين ، وواجب النفاذ .

* **أما حق الامتياز** : فهو حق عيني تبقي ، مصدره القانون ، ويقرره على مال أو أكثر للمدين ضمنا للوفاء بحق الدائن ، مراعاة من القانون لصفة هذا الدين ، فجوهر الإمتياز هو الأفضلية التي يهيئها للدائن بموجب القانون ، وذلك طبقا للمادتين 937 و982 من القانون المدني .

فكل التأمينات العينية ، يظل المالك ، وإن أثقل حقه في الملكية صاحب صفة تسمح له بالتقاضي سواء أمام الجهات المدنية ، أو الجزائية ، فكل هذه التأمينات لا يجرد المالك من صفته وإنما تعد ضمنا للإئتمان .

2- الحراسة القضائية

يترتب على الحراسة القضائية خروج الملكية من حيازة صاحبها ، فهي تجرد المالك من صلاحيات التصرف والإدارة في الأملاك ، ولا تؤدي إلى تجريد المالك من حقه ذلك طبقا لقرار صادر عن المحكمة العليا (2) يقضي بما يلي :

(1) راجع في ذلك : خليل أحمد حسن قداد ، المرجع السابق ص

(2) - قرار رقم 56092 ، مؤرخ في 12/02/1990م مجلة قضائية عدد 1 سنة 1991 ص 112

« ... ولما كان من الثابت في قضية الحال ، أن قضاة الاستئناف عندما اعترفوا للشخص المالك للأمالك الموضوعة تحت الحراسة بصفة التقاضي ، لم يخالفوا القانون بل طبقوه تطبيقا مضبوطا وسليما محترمين مقتضيات المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية »

فالحراسة أشبه بالوكالة أو الوديعة ، فلو تعرض الشيء المملوك للتعدي رغم وجوده في حيازة الحارس القضائي ، فللمالك أن يتأسس كطرف مدني أمام القضاء الجزائي ، وأن يطالب بالتعويضات كما له أن يتقدم إلى القضاء المدني من أجل الحصول على حكم يقضي بطرد الشاغل المعتدي من العقار المعتدى عليه .

ثانيا : حدود جبر الضرر في الدعوى المدنية التبعية

تنتوّع المسائل الفرعية المدنية التي تثار أمام المحاكم الجزائية ، ومايهما هو المسائل الفرعية المتعلقة بالحقوق العينية العقارية التي تدور حول الملكية العقارية ، لأن المشاكل الناشئة عن حق الملكية العقارية هي أساس تكوين نظرية المسائل الفرعية .⁽¹⁾

وتعدّ مسألة الملكية سواء من حيث إثباتها أو الفصل في نزاع يتمحور حولها من صميم اختصاص القاضي المدني ، وهي بذلك تخرج من دائرة اختصاص القاضي الجزائي . فإثارة دفع يتعلق بالملكية أمام القاضي الجزائي تعد مسألة فرعية .

ويقصد بالمسألة الفرعية تلك المسائل العارضة التي يجب الفصل فيها من طرف جهة قضائية أخرى ، غير التي تنتظر في موضوع المتابعة ، إمّا قبل تحريك الدعوى العمومية إذا كانت متعلقة بالدعوى ، أو قبل الفصل في الموضوع إذا كانت فرعية عن الحكم وهذا ما يشكل إستثناءا عن قاعدة « قاضي الأصل هو قاضي الفرع » .

وقد نصت على المسائل الفرعية المادتين 330 و 331 من قانون الإجراءات الجزائية حيث تنص المادة 330 ق.إ.ج على ما يلي : « تختص المحكمة المطروحة أمامها الدعوى العمومية بالفصل في جميع الدفوع التي يبيدها المتهم دفاعا عن نفسه ما لم ينص القانون على غير ذلك » مؤدى عبارة " ما لم ينص القانون على غير ذلك " المسائل الفرعية التي يمكن للمحكمة الناظرة في موضوع الدعوى ، الفصل فيها لأنها من إختصاص جهة قضائية أخرى .

(1) راجع في ذلك : عبد الحميد زروال ، المسائل الفرعية أمام المحاكم الجزائية ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ،

بينما نظمت المادة 331 شروط إيداء المسائل الفرعية ⁽¹⁾ ، فإذا ما أثبتت مسألة فرعية تتعلق بالملكية أمام القضاء الجزائي ، كان على القاضي وقف الفصل في الدعوى العمومية ، وإحالة الأطراف على القاضي المدني للنظر في النزاع القائم حول ملكية العقار ، حيث تحدّد له المحكمة الجزائية للمتهم مهلة لاستصدار الحكم المدني الذي بصدد ملكية العقار . والدفع المتعلّقة بالملكية العقارية تتضمن جانبين :

جانب إيجابي :

هو الدفع بملكية العقار . كأن يحال المتهم أمام محكمة الجناح بتهمة الاعتداء على الملكية العقارية للغير ، فيثير دفعا يتمسك بموجبه بملكيته للعقار ، فإذا تبين للقاضي أن الدفع جدي ، ومن شأنه أن ينفي وصف الجريمة للوقائع ، فإنه يتعين عليه تأجيل الفصل في الدعوى إلى أن تفصل المحكمة المدنية في مسألة الملكية العقارية ومجرّد تصريح المتهم بأنه مالك للعقار لا يكفي ، بل لابد أن يبدي على الأقل استعداده لإثبات ملكيته ⁽²⁾

أمّا الجانب السلبي :

فمثاله المتهم الذي يحال أمام محكمة الجناح لقيامه بالبناء دون مراعاة قواعد التراصف ، فيصرّح أن القطعة التي تم البناء فيها ليست ملكه ، بل ملك لجاره ومتاخمة فقط لملكه . أمّا الحيازة فهي واقعة مستقلة عن الملكية ، وبالتالي تخضع لاختصاص المحكمة الجزائية النازرة في موضوع المتابعة إلا إذا انطوت لحيازة على مسألة الملكية و يشترط القضاء في هذه الحالة أن تكون الحيازة من شأنها إثبات الملكية عند استيفائها للشروط المطلوبة

ثالثاً : سلطة القاضي الجزائي فما إذا تم الدفع لمسألة فرعية

وإستبعاد المسائل الفرعية المتعلقة بالحقوق العينية العقارية من مجال اختصاص القاضي الجزائي يطرح إشكالا يتعلق بصلاحيّة المحكمة في إعادة العقار المعتدي عليه للطرف المدني أو الحكم بالطرد من العين.

(1)راجع في ذلك : عبد الرحمن بريارة ، المرجع السابق ، ص 135

(2)راجع في ذلك : عبد الحميد زروال ، المرجع السابق ص 27

حيث أن مسألة طرد المعتدى من الأرض المعتدى عليها هي في حقيقة الأمر من ضمن الصلاحيات المخولة للقاضي المدني أصلا وكما رأينا سابقا أن نظرية المسائل الفرعية إستثنت القضايا التي تتعلق بالحقوق العينية العقارية من مبدأ " قاضي الأصل هو قاضي الفرع " ، فالطرد يشكل دعوى مدنية بالمعنى الواسع ، والمقصود من ذلك كل دعوى مترتبة على الحكم بالتعويض كالدعوى الناشئة عن تغيير مركز قانوني ، كدعوى الرجوع في الهبة الناشئة عن الاعتداء على حياة الواهب (1) .

وتعدّ الخصومة المتعلقة بالعقار مسألة حساسة جدًا ، فالقاضي فيها يكون مخيرا بين تجاوز الدفع على اعتبار عدم جديته ، أو الأمر يوقف الفصل في الدعوى الجزائية إلى حين النظر في موضوع الملكية ، و لا يناقش القاضي مدى توافر عنصر الصفة متى توافرت الحجج والسندات حول قيام عنصر الصفة لدى الطرف المدني ، كما ليس للقاضي الاستجابة لطلبات الطرف المدني الرامية إلى الطرد مع التعويض ، بل يكتفي بتقدير صاحب المصلحة إلى اتخاذ ما يراه مناسبا لاستعادة ملكيته ، وبما أن مسألة الطرد تخرج عن اختصاص المحكمة الجزائية ، تنثور إشكالية حول الحكم الصادر في الدعوى العمومية ، ما دام الطرف المدني لم يسترجع حقه العيني العقاري أي مدى حجية الحكم الجزائي أمام القضاء المدني .

رابعاً : حجية الحكم الجزائي أمام القضاء المدني

يعتبر الحكم الجزائي الفاصل في الدعوى العمومية نتيجة ارتكاب المتهم جريمة انتزاع أملاك عقارية خاصة ، سندا بيد الطرف المتضرر يسمح له باللجوء إلى القضاء المدني بقسميه سواء الناظر في الموضوع ، أو الناظر في المسائل المستعجل لفرض إلتماس جر الضرر و إستعادة العقار المغتصب (2) ، فما مدى حجية الحكم الجزائي أمام القضاء المدني بشقيه ؟ .

(1)راجع في ذلك : إدوار غالي الذهبي ، حجبة الحكم الجنائي أمام القضاء المدني ، مرجع سابق ص 233

(2)راجع في ذلك : عبد الرحمن بريارة ، المرجع السابق . ص136

1- حجية الحكم الجزائي أمام قاضي القسم المدني

سبق وأن أشرنا إلى أن المشرع الجزائري لا يحمي الحيازة الفعلية كما هو الشأن بالنية للقانون المصري ، إنما يتدخل القضاء الجزائي لردع الإعتداء الحاصل إضراراً بالملكية الثابتة غير المتنازع عليها ، المستندة إلى سند رسمي ومشهر يثبت صحتها أو بموجب حكم قضائي نهائي حائز لحجية الشيء المقضي فيه ، وتم تنفيذه طبقاً للإجراءات القانونية ، وعليه فالحكم الجزائي سند لإثبات واقعة إجرامية ألحقت ضرراً بحق يستند إلى عقد رسمي ، فهو ليس سنداً منشئ لحق أو ناظر في أصل الملكية ، فالحق يظل قائماً لا ينقضي بإحتلال الأماكن من جديد .

ولما كانت جريمة التعدي على الملكية العقارية من الأفعال غير المشروعة المستمرة فإنه من صالح الطرف المتضرر اللجوء إلى القضاء الجزائي وتحريك الدعوى العمومية من جديد لتوقيع عقاب آخر بنفس التهمة في حالة عدم خضوع المتهم ، أو تحقق الردع الخاص وذلك لسببين :

- 1- انعدام الحاجة إلى التوجه للقاضي المدني لسبق الفصل في أصل الحق .
 - 2- أن الحكم الصادر في جريمة مستمرة ، يحول دون إمكان المحاكمة عن مراحل الاستمرار السابقة ، ولا يمنع هذا الحكم من إعادة المحاكمة بالنسبة لمراحل الاستمرار اللاحقة لأنها تعد جرائم جديدة لم يتناولها الحكم السابق بالعقاب.
- وتنص المادة 06 من قانون الإجراءات الجزائية على انقضاء الدعوى العمومية عند توافر سبب من الأسباب السبعة ⁽¹⁾ في الجرائم المستمرة لا يبدأ سريانه إلا من تاريخ انتهاء الفعل المجرّم وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها هذا مؤداه . : « من المقرر قانوناً أن الدعوى العمومية في مواد الجرح تتقادم بثلاث سنوات كاملة ويتبع في شأنها الأحكام الموضحة بالمادة 7 من قانون الإجراءات الجزائية ، أما إذا تعلق الأمر بجريمة مستمرة كحالة الاعتداء على الملكية العقارية ، فلا تتقادم إلا من تاريخ انتهاء الفعل الإجرامي » ⁽²⁾ .

(1)-راجع في ذلك : د. طاشور عبد الحفيظ ، محاضرات في الإجراءات الجنائية ، أقيمت على طلبه قسم الكفاءة المهنية

للمحاماة ، دفعة 2004-2005

(2)- قرار رقم 103757 ، مؤرخ في 13/04/1993م . المجلة القضائية ، عدد 02 سنة 1994م ص 248

ومع ذلك فإن القاضي المدني مطالب بالأخذ بعين الاعتبار ما قضت به المحكمة الجزائية ، وأن لا يتجاهل حكم نهائي سبق صدوره في محاكمة جزائية معينة .

أمّا في التشريع المصري الذي يحمي الحيازة الفعلية حتى ولو لم تكن تستند إلى سبب مشروع ، فإذا ما قضت محكمة الجناح بإدانة الفاعل بتهمة انتهاك حرمة ملك الغير ، فإن هذا القضاء يكون قاطعاً في أن الحيازة الفعلية كانت للمجني عليه ، وأن المتهم سلبها منه بالقوة و لكن هذا الحكم لا تكون له حجة بالنسبة لحق المتهم في الحيازة ، إذ قد يكون للمتهم الحق في الحيازة لكن الحيازة الفعلية للغير .

وما دام القانون يحمي الحيازة الفعلية ، فليس للمجني عليه أن يحتج بصفة حيازته أو مشروعيتها أمام القضاء المدني مؤسساً ادعائه على حكم جزائي فاصل في دعوى انتهاك حرمة ملك الغير ، فالحكم الصادر في الدعوى بالإدانة لا يمنع المحكمة المدنية من القضاء للمتهم الذي أدّين من المحكمة الجزائية بطلباته لأن مجال الدعوتين مختلف ، فالدعوى المدنية تحمي الحيازة القانونية المستوفية الشروط ، أمّا الدعوى الجزائية فتحمي الحيازة الفعلية الظاهرة المعتدى عليها .

2- حجية الحكم الجزائي أمام قاضي الاستعجال

يعتبر قاضي الأمور المستعجلة غير مختص نوعياً بالفصل في أصل الحق المتنازع عليه إنما يختص بفحص المستندات والأمر برد الاعتداء الحال، فالأوامر التي تصدر في المواد المستعجلة لا تمس أصل الحق إنما تدخل قاضي الاستعجال يعدّ ضرورياً لوضع حدّ للتعدي فيجوز للطرف المتضرر من جريمة التعدي على الملكية العقارية أن يلجأ إلى القضاء المدني بغية المطالبة باسترجاع العقار المتنازع عليه تبعا لتدابير الاستعجال ، والحكمة من التعجيل بجبر الضرر دون المساس بأصل الحق الذي سبق أن فصلت فيه محكمة الموضوع تطبيقاً لنص المادة 186 من قانون الإجراءات المدنية .

فالغرض من توفير الحماية السريعة للمراكز القانونية عن طريق تبسيط إجراءات التقاضي وتقصير مواعيده ، وتكون الأوامر الصادرة فيه مشمولة بالنفذ المعجل بقوة القانون (1) .

(1) - قرار رقم 32135 . مؤرخ في 1985/03/09م المجلة القضائية عدد 02 سنة 1990 - ص 131

فالقاعدة العامة تقضي باختصاص قاضي الموضوع عند الفصل في أصل الحق بينما يكتفي القاضي الجزائي بتوقيع العقاب متى ثبت لديه وجود ملكية صحيحة ، بينما يختص قاضي الاستعجال بموجب ما استقر عليه القضاء بالنظر في دعوى استرجاع العقار المنتزع استنادا إلى الحكم الجزائي الذي جعل المتهم شاغلا للعقار بدون وجه حق وبدون سند .

وبما أن حالات الاستعجال غير واردة على سبيل الحصر ، حيث أمر تقديرها مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة المحكمة العليا فإن ما استقر عليه القضاء هو جواز اختصاص قاضي الاستعجال في المسائل المتعلقة بالطرد ، إذا ما تبين للقاضي من ظاهر السندات أن المدعي المدني مالك للعقار ، وأن المحكمة الجزائية أدانت الشاغل للعين المتنازع عليها بموجب حكم فاصل في الدعوى العمومية .

وعليه فإن الحكم الصادر عن القاضي المدني تتولى الفصل في دعوى الملكية قد كشف عن صفة المالك للعقار لدى أحد طرفي الخصومة ، وفي مقابل ذلك ، جعل الطرف الآخر محتلا دون وجه حق ، ومتى توفرت هذه الصفة لدى الشاغل يجوز للمنفذ له اللجوء للقضاء الجزائي ، والحصول على حكم بالإدانة يعتبر سندا مثبتا للاعتداء يخول لقاضي الاستعجال سلطة النظر في الطرد من العين المحتلة دون وجه حق ، لأن القرض من الدعوى هو مطالبة المعتدى عليه بإزالة الاعتداء وليس مناقشة أصل الحق أو البحث في صاحبه نظرا لسبق الفصل في المسألة من طرف قاضي الموضوع .

المطلب الثاني :

الجرائم الواقعة على العقارات المبنية

اهتم المشرع بالعقارات المبنية نظرا للدور الاجتماعي والاقتصادي الذي تلعبه ، خاصة وأنها تشكل مصرا هاما للخزينة العامة من خلال مبالغ الضرائب التي تفرض على مالكيها ، لذلك اعتبر كلّ مساس بها جرما يعاقب عليه القانون ، كون الاعتداء يستهدف العقار في حدّ ذاته بعض النظر عن مالكة . ولذلك سنقوم بحصر أهم الجرائم والعقوبات المقررة لها حيث نخصص :

الفرع الأول : الجرائم الواقعة على العقارات المبنية في قانون العقوبات

الفرع الثاني : الجرائم الواقعة على العقارات المبنية في القوانين الخاصة .

الفرع الأول

الجرائم الواقعة على العقارات المبنية في قانون العقوبات

تختلف درجة الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات والمتعلقة بالعقارات المبنية فنجد الجنايات ، الجنح والمخالفات .

أولاً : الجنايات

1- جريمة وضع النار في المحلات المسكونة :

نصت المادة 1/395 عقوبات على : « كلّ من وضع النار عمدا في مباني ومساكن أو غرف أو أكشاك ، ولو متنقلة وذلك إذا كانت مسكونة وتستعمل للسكن وعلى العموم في أماكن مسكونة أو مستعملة للسكن سواء كانت مملوكة أو غير مملوكة لمرتكب الجناية يعاقب بالإعدام » ومن خلال نص المادة تبين أن المشرع قد أخذ بعين الاعتبار أرواح الناس (1) .

وأن للجريمة ثلاث أركان

أ - أركان الجريمة : وهي ثلاثة أركان :

(1)راجع في ذلك :عبد الرحمن بربارة ، المرجع السابق ، ص 98

أ- 1- فعل وضع النار أو الحرق :

لا عبرة بالوسيلة التي استخدمت للإحراق ، المهم أن فعل الإحراق يتحقق بوضع النار سواء بإلقاء عود كبريت أو صب نوع من الزيوت ، أو الغازات أو المواد سريعة الالتهاب أو غيرها من الوسائل التي يتحقق بها اشتعال النار بل الضروري فعل وضع النار ، وذلك في قرار لها رقم 12027 ، مؤرخ في 1975/01/07م⁽¹⁾ .

أ- 2- نوع الشيء المحرق :

يكون محلّ لإضرار النار المباني أو المساكن أو الغرف ، أو الخيم أو الأكشاك إلا أن المشرع ذكر محل الحرق على سبيل المثال لا الحصر ، إذ يمكن إدخال عقارات أخرى تكون محل المحرق ، وهذا ما يستشف من العبارة التالية : « على العموم في أماكن مسكونة أو مستعملة للسكنى » ، فالعبارة في نوع الشيء محلّ الإحراق هو أن يكون مسكوناً أو معداً للسكن ، ولا يهم إن كان المحلّ مملوكاً أو غير مملوك لمرتكب الجريمة⁽²⁾ .
ويكفي أن يبيت شخص واحد على الأقل في العقار لاعتباره مسكوناً كما تشمل كذلك المباني الملحقة بالمسكن ، والتي تعدّ جزءاً مكوّناً ومتمماً له .

أ- 3- القصد الجنائي :

ويتحقق القصد الجنائي في هذه الجريمة ، متى كان الفاعل قد وضع النار عمداً ، وعن علم ، ويقصد إحداث الحريق ، ولا يهم أن كان يقصد إشعال النار ثم إطفائها بعد ذلك ، ليلقي تهمة كاذبة على شخص آخر ، فهذه الظروف تبقى مستقلة عن أركان الجريمة⁽³⁾ .

ب- العقوبة

تتخذ الجريمة المنصوص عليها بالمادة 395 عقوبات وصف الجنائية ويعاقب مرتكبها بالإعدام

(1) راجع في ذلك : الفاضل خمار ، المرجع السابق ص 65

(2) - قرار رقم 29819 ، مؤرخ في 1982/12/07م ، جيلالي بغدادي ، المرجع السابق ، ص 359

(3) راجع في ذلك : معوض عبد التواب ، الوسيط في شرح جرائم التخريب والإتلاف والحريق ، دار المطبوعات الجامعية طبعة 1989 ص 228

2- جريمة حرق المباني غير المسكونة :

نصت المادّة 396 / فقرة 1 و2 عقوبات على ما يلي : « يعاقب بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة ، كلّ من وضع النار عمداً في الأموال الآتية إذا لم تكن مملوكة له .
مبان أو مساكن أو غرف أو خيم أو أكشاك ولو متنقلةإذا كانت غير مسكونة أو غير مستعملة للسكن » .

أ- أركان الجريمة : وهي أربعة أركان

أ-1- فعل الإحراق :

وقد سبق توضيح المقصود به في جريمة وضع النار في المحلات المسكونة أو المعدّة للسكن

أ-2- نوع الشيء المحرق :

نفس الشيء بالنسبة لمحلّ الشيء المحرق المذكور في جريمة وضع النار في المحلات المسكونة أو المعدّة للسكن ، إلاّ أن الشيء الجديد هنا أن تكون هذه المحال غير مسكونة أو غير معدّة للسكن ، لأن إحراق عقار غير مسكون أو غير معدّ للسكن ، يشكل أهم ركن في هذه الجريمة ، ويعدّ ظرفاً مخففاً يميز هذه الجريمة عن سابقتها .

أ-3- ملكية الشيء المحرق :

القاعدة العامة أن للمالك الحرية الكاملة في التصرف في ملكه بأي شكل من أشكال التصرف ، ولا يعاقب إذا كان محلّ الإحراق ملكاً له ، إلاّ إذا ألحق أضراراً بالغير ، وفي هذه الحالة تطبّق عليه عقوبة الجريمة المنصوص عليها بالمادّة 395 عقوبات وهي الإعدام ، لذا يشترط لقيام هذه الجريمة أن يكون الشيء محل وضع النار غير مملوك للجاني لأنه يعفى إذا كان ملكاً خالصاً له .

أ-4- القصد الجنائي:

يتوافر القصد الجنائي ، إذا كان الجاني يعلم حق أن الشيء الذي تعمدّ إحراقه ليس مملوكاً له

ب- العقوبة :

تكيف الجريمة المنصوص عليها بالمادة 396 عقوبات بأنها جناية يعاقب عليها بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة ، وتشدد هذه العقوبة إذا كان الشيء المحرق ملكا للدولة أو إحدى جماعاتها المحلية طبقا للمادة 396 مكرر عقوبات فتضاعف العقوبة إلى الإعدام أو إذا أدى الحريق إلى موت شخص أو عدة أشخاص أو، إلى إحداث جرح أو عاهة مستديمة ترفع العقوبة إلى الإعدام أو السجن المؤبد ⁽¹⁾ طبقا للنص المادة 399 عقوبات .

وتخفف هذه العقوبة إذا كان الشيء المحرق ملكا للجاني ، أو بأمر منه ، وأن يلحق الحرق أضرار بالغير ، ويترك أمر تحديد مقدار الضرر للسلطة التقديرية المحكمة ، فإذا إنعدم الضرر لا عقاب لعدم توفر أحد أركان الجريمة ⁽²⁾ .

ثانيا : الجُرح

1- جريمة التخريب العمدي لجزء من عقار :

نصت المادة 406 مكرر عقوبات على هذه الجريمة بقولها : « يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين ، وبغرامة من 500 إلى 5000 دج ، كل من خرب عمدا أجزاء من عقار وهو ملك للغير . »

أ- أركان الجريمة : وهي أركان أربعة

أ- 1- فعل التخريب

التخريب هو كل عمل من شأنه تعطيل الاستفادة بالشيء ⁽³⁾ فهو الفعل المجرم الذي ينتج عنه خراب العقار ، كتخطيط ناقدة بيت أو الباب ، أو نزع الأقفال ... إلخ .

أ- 2- محلّ التخريب :

يجب أن يكون محلّ التخريب عقار لا منقولا ، كما اشترطت المادة أن يقع الفعل على جزء من العقار ، أو أجزاء منه يكون مملوكا للغير ، وأن يكون التخريب على أجزاء من العقار لا تعد الانتفاع به كأصل عام.

(1) - إذا تسبب الحريق في موت عدة أشخاص أو حتى شخص واحد ترتفع العقوبة إلى الإعدام ، أما إذا تسبب الحريق في عاهة مستديمة أو إحداث جرح ، فترتفع العقوبة إلى السجن المؤبد .

(2) راجع في ذلك : الفاضل خمار ، المرجع السابق ص 71

(3) راجع في ذلك : معوّض عبد التواب ، جرائم التخريب والإتلاف والحرق ، مرجع سابقا ، ص 83

فإذا كان التخريب حاصلًا على سقف المنزل أو جداره فينعدم الانتفاع به ولا تطبق المادة 406 مكرّر (1) .

أ-3- القصد الجنائي :

يجب أن يدرك الجاني وأن يكون على دراية أنه بصدد فعل تخريب لجزء من عقار لا يملكه ، لكون هذه الجريمة من الجرائم العمدية التي تشترط لقيامها القصد الجنائي .
ب- العقوبة :

تكيف جريمة التخريب العمدي لجزء من عقار على أنها جنحة ، يعاقب عليها بالحبس من شهرين إلى سنتين و بغرامة من 500 دج إلى 5000 دج .

2- جريمة تحطيم ملك الغير :

نصت على هذه الجريمة المادة 407 عقوبات بقولها : « كل من خرب أو أتلف أموال الغير المنصوص عليها في المادة 396 بأية وسيلة أخرى كلياً أو جزئياً يعاقب بالحبس من سنيين إلى سنوات وبغرامة من 500 إلى 5000 دج ويعاقب على الشروع في الجنحة المنصوص عليها في هذه المادة كالجنحة التامة . » .

أ- أركان الجريمة : وهي ثلاثة أركان

أ-1- فعل التخريب أو الإتلاف :

وقد سبقت الإشارة إلى بيانه

أ-2- محل التخريب :

وهي نفس أموال الغير المنصوص عليها في المادة 396 عقوبات السالفة الذكر ، وإذا كانت هذه الأخيرة قد حدّدت بعض الوسائل المستخدمة في فعل التخريب ، وهي وضع النار عمداً و فإن المادة 407 عقوبات ، قد فتحت الباب لوسائل أخرى غير النار، كما وسعت مجال التخريب فيستوي أن يكون كلياً أو جزئياً ، كما يجب أن يقع التخريب على أموال الغير . وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا : « ما دامت ملكية المحل المتنازع من أجله تعود بصفة قانونية إلى المتهمين فإن جنحة تحطيم ملك الغير متوفرة الأركان » (2) .

(1) - في هذه الحالة تطبق المادة 400 عقوبات

(2) - قرار رقم 995 ، مؤرخ في 10 نوفمبر 1987 ، أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ص 151 .

أ-3- القصد الجنائي :

هذه الجريمة من الجرائم العمدية التي تستوجب توافر القصد الجنائي .

ب- العقوبة :

يكيف التحطيم للملك الغير بأنه جنحة يعاقب عليها بالحبس من سنتين إلى سنوات وبالغرامة من 500 إلى 5000 دج .

كما يعاقب على الشروع ⁽¹⁾ في هذه الجريمة بنفس عقوبة الجريمة التامة، حسب المادة 407 عقوبات .

وإذا وقع التخريب على مساكن أو غرف أو مباني أو أكشاك و كانت مسكونة أو تستعمل للسكن ، وأدت إلى وفاة شخص أو عدة أشخاص ، أو إحداث جروح أو عاهات مستديمة أو استخدام مواد خطيرة تشدد العقوبة وتصل إلى الإعدام ⁽²⁾ .

3- جريمة الحرق بغير قصد :

نصت على هذه الجريمة المادة 405 مكرّر عقوبات بقولها : « يعاقب بالحسب من سنة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 10.000 إلى 20.000 دج كل من تسبب بغير قصد في حريق أدى إلى إتلاف أموال الغير ، وكان ذلك نشأ عن رعونته ، أو عدم احتياظه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاة النظم . » .

أ- أركان الجريمة : وهي ثلاثة :

أ-1- حصول الحريق :

أي قيام الجاني باستعمال النار فيقع الحريق فعلا ، فالقانون يعاقب على حصول الحريق التام لا على الشروع فيه ، ولا يتصور هنا الشروع ، بل يجب أن يؤدي الحريق إلى إتلاف أموال الغير .

(1) - فالشخص الذي شرع في الفعل دون أن تتحقق نتيجته لسبب طارئ خارج عن إرادة الجاني ، كأن يكون قد حمل

قضيبا حديديا ، وبدأ يخرّب الكشك المملوك للغير دون أن تتحقق نتيجة الفعل يعدّ فاعلا . ويعاقب وكأن الجريمة تامة .

(2) راجع المواد من 395 إلى 404 من قانون العقوبات .

أ-2- أن يكون الشيء محل الحرق مملوك للغير :

يجب أن تكون الأموال التي أُلْغَتْ بسبب الحريق مملوكة للغير ، وبذلك تستثنى الأموال المملوكة للجاني ، إلا أنه إذا قام الجاني بحرق أمواله و امتدت ألسنة اللهب إلى أموال الغير وأحرقتها ، فإنه تعدّ مرتكباً للجريمة ، ولم يفرّق المشرع بين العقار والمنقول في هذه الجريمة ، وإن كنا نرى بان للفرقة هنا أهمية كبيرة ، فالفعل الذي يستهدف حرق عقار أكثر خطورة من الفعل الذي يستهدف حرق منقول .

أ-3- أن يكون الحرق بسبب الإهمال :

هذه الجريمة ليست من الجرائم العمدية ، فالجاني لا يعاقب وفقاً لنص المادة 407 مكرر عقوبات ، إلا إذا ارتكب الفعل الذي تتسبب في الحريق وإتلاف ملك الغير عن إهمال ، و يعرف الإهمال بأنه الغفلة عن اتخاذ الاحتياطات الواجبة ⁽¹⁾ ، كمن يهمل غلق أنابيب الغاز فيؤدّي إلى إشعال حريق ، أو نتج الفعل بغير قصد وعن رعونة ، والتي يقصد بها سوء التقدير وسوء التصرف ، كخطأ في تصميم البناء يتسبب في سقوطه ، أو أن ينجم الفعل عن عدم احتياط أو عدم انتباه ، أو إهمال ، أو عدم مراعاة النظم ، أي عدم احترام القوانين واللوائح التنظيمية .

وقد جاء في قرار للمحكمة العليا رقم 158، الصادر بتاريخ 1988/03/15 بأنه: « يكون مرتكباً على أساس قرار المجلس القضائي بإدانة متهم تسبب بغير قصد وعن رعونة أو عدم إحتياط في حريق أدّى إلى إتلاف أموال الغير طبقاً لمقتضيات المادة 405 مكرّر المضافة بقانون 13 فبراير 1982م » ⁽²⁾

ب- العقوبات :

تكيف هذه الجريمة بأنها جنحة ، ويعاقب عليها بالمادّة 405 مكرّر عقوبات بالحبس والغرامة، فالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات ، والغرامة من 10.000 إلى 20.000 دج

ثالثاً : المخالفات

وسوف نقصرها على جريمة إصلاح أو هدم بناء دون اتخاذ الإحتياطات .

(1) راجع في ذلك : د. محمد صبحي نجم ، المرجع السابق ، ص 57

(2) راجع في ذلك : جيلالي بغدادي ، المرجع السابق ، ج 1، ص 359

- جريمة إصلاح أو بناء دون اتخاذ الاحتياطات :

نص المشرع الجزائي في المادة 441/فقرة 5 مكرّر عقوبات على أنه : « يعاقب بغرامة من 100 إلى 1000 دج ، كما يجوز أيضا أن يعاقب بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر . كل من أقام أو أصلح أو هدم بناء دون اتخاذ الاحتياطات الضرورية لتلافي الحوادث » من المتعارف عليه أن أعمال البناء أو الترميم تتطلب رخصا مسبقة من الإدارة ، لتتمكن هذه الأخيرة من القيام بمهمته الرقابة ، لغرض احترام إجراءات الوقاية من الحوادث التي قد تصاحب إحدى هذه العمليات .

فمثلا نجد أن رخصة الهدم قد جرى العرف الإداري على التعامل بها ، إلا أنه لم يتم تنظيمها قانونا ⁽¹⁾ إلا بموجب قانون التهيئة والتعمير رقم 29/90 وكذا المرسوم التنفيذي رقم 176/91 السالفي الذكر .

أ- أركان الجريمة : ولها ثلاثة أركان :

أ-1- الفعل المادي :

ويتمثل في القيام بفعل البناء أو الهدم أو الترميم لمساكن آيلة للسقوط .

أ-2- أن يقع على بناء :

ويتمثل محل الجريمة في الأرض الفضاء التي سوف يقام عليها البناء لأول مرة أو البناء المراد تهديمه ، أو المراد ترميمه أو الذي تصدّع وأراد صاحبه أن يهدّمه لإقامة بناء جديد مكانه .

أ-3- عدم اتخاذ الاحتياطات :

لابد من أخذ الاحتياطات اللازمة ، لأن عمليات إصلاح أو هدم أو ترميم بناء تكتسي طابعا خطيرا ، من أجل تفادي وقوع حوادث سواء على القائمين بأعمال البناء أو الترميم ، أو الهدم على المادة ⁽²⁾ .

ب العقوبة :

عقوبة هذه الجريمة التي تأخذ وصف مخالفة هي الغرامة من 100 إلى 1000 دج ، كما يجوز أن تكون العقوبة الحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر .

(1) راجع في ذلك : إسماعيل شامة ، المرجع السابق . ص 223

(2) راجع في ذلك الفاضل خمار ، المرجع السابق ص 99

الفـرـع الثـانـي الجرائم الواقعة على العقارات المبنية في القوانين الخاصة

بالرغم من أن المشرع قد نص على عدّة جرائم تستهدف العقار المبني ضمن قانون العقوبات ، إلا أنه أراد تفادي النقائص بوضع حدّ للجريمة الحفاظ على الثروة العقارية لذا نص على بعض الجرائم ضمن القوانين الخاصة نذكر منها الجرح والمخالفات على النحو التالي :

أولاً : الجرح

من الجرح ما هو منصوص عليه في قانون الترقية العقارية ، قانون التهيئة العمرانية .

1- في قانون الترقية العقارية :

صدر قانون الترقية العقارية في 1986/03/04م ، تحت رقم 07/86 حيث نص فيه المشرع على عدّة جرائم تتعلق بالترقية العقارية ، إلا أن هذا القانون ألغي بموجب المرسوم التشريعي رقم 03/93⁽¹⁾ المؤرخ في 1993/03/01م والمتضمن النشاط العقاري ، هذا المرسوم الذي أحال إلى المادة 31 منه على قانون العقوبات دون أن يحدّد نوع المخالفات المعاقب عليها ، ودون أن يحدّد الظروف المشدّدة التي أشار إليها بدقه مكتفياً بذكر الوقائع الصادرة عن المتعامل في الترقية العقارية ، وهذا ما جعل هذه المادّة غامضة .

2- في قانون التهيئة العمرانية :

تنص المادة 77 من قانون 29/90 ، المؤرخ في 1990/09/01م⁽²⁾ والمتعلق بالتهيئة العمرانية ، بعد إلغاء المادتين 76 و78 منه بموجب المرسوم التشريعي 07/94 ، المؤرخ في 1994/05/18م والمتعلق بشرط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري على جريمة واحدة في نص المادة 77.

(1) - المرسوم التشريعي رقم 03/93 ، مؤرخ في 1993/03/01م والمتضمن النشاط العقاري ، الجريدة الرسمية . عدد 14 لسنة 1993م

(2) - قانون رقم 29/90 ، مؤرخ في 1990/09/01م والمتعلق بالتهيئة العمرانية الجريدة الرسمية رقم 52 لسنة 1990

وهي جريمة تنفيذ أشغال أو استعمال أرض بتجاهل الالتزامات التي يفرضها القانون والتنظيمات المتخذة لتطبيقه أو الرخص التي تسلّم وفقا لأحكامها .ذلك أن البناء يتطلب الحصول على رخصة من الجهة الإدارية المختصة ، حيث يشترط القانون احترام ما جاء في الرخصة ، وما ينجم عن تجاهل الحصول على الرخصة و ما يقتضيه القانون هو تعريض صاحبه لعقوبة الغرامة التي تتراوح بين : 3000 و 300.000 دج ، حيث يعاقب بهذه الغرامة مستعمل الأرض أو المستفيد من الأشغال ، أو المستفيد من الأشغال ، أو المهندس المعماري أو المقاول أو الأشخاص الآخرين المسؤولين عن تنفيذ الأشغال .

وفي حالة العودة لارتكاب نفس المخالفة يعاقب المتسبب فيها بالحبس لمدة شهر إلى 6 أشهر وفي هذا الإطار منح القانون رقابة واسعة للوالي ، أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الأعيان المفوضين أو الجمعيات التي تعمل على حماية المحيط ولها حق الرقابة على البناءات الجاري تشييدها ، وفي حالة المخالفة يمكن لجمعيات حماية المحيط أن تتأسس كطرف مدني (1) .

ثانيا : المخالفات

وقد نص عليها المرسوم التشريعي رقم 07/94

*** في المرسوم التشريعي رقم 07/94:**

أعطى قانون التهيئة والتعمير رقم 29/90 الاختصاص للقاضي الجزائي للنظر في جميع الجرائم الناتجة عن مخالفات قانون رقم 29/90 وفي نفس المادة 77 منه ، تحدثت عن جرائم المباني دون تعدادها ، لذا جاء المرسوم التشريعي رقم 07/94 المؤرخ في : 1994/05/18م ، ليوضح غموض المادة 77 ، حيث جاء بمادة وحيدة هي المادة 50 والتي تنص على أنواع المخالفات التالية :

(1)-راجع في ذلك: الفاضل خمار ، المرجع السابق ، ص 101

1- جريمة تشييد بناية بدون رخصة بناء :

تعتبر رخصة البناء ترخيص مسبقا من رئيس البلدية التي سوف تجري فيها أشغال البناء وذلك بعد تقديم المعني بالأمر ملف يتضمن كافة الوثائق التي تثبت احترام قواعد تنظيم عمران المدن والبناء ⁽¹⁾ .

ومن أجل بسط رقابة الإدارة على المجال العمراني ، استحدث المشرع رخصة البناء وذلك بإلزام كل من يودّ البناء أو التعلية أو إعادة البناء... إلخ ، أن يحصل على رخصة تمكنه من ذلك ، تمنح له من طرف الإدارة المختصة ، حيث ما يتوخى من هذه الرخصة هو مراقبة مدى مطابقة أعمال البناء لما ينص عليه القانون ، أو ما قد يتطلبه السير الحسن لإنجاز المباني .

وتعدّ جريمة البناء دون ترخيصه مسبق من أهم الجرائم الواقعة على العقار المبني ، نظرا لأهميتها لردع المخالفات الواردة على العمران ، إضافة إلى كثرة النزاعات حولها أمام جهتي القضاء العادي والإداري .

ولمّا اشترطت المادّة 52 من قانون 29/90 أنف الذكر رخصة البناء من أجل تشييد البنايات الجديدة ، بعض النظر عن استعمالها أو أصحابها ، لم تستثن المادة 53 من نفس لقانون سوى البنايات التي لها طابع سري وهي المتعلقة بالدفاع الوطني ⁽²⁾ . وفي هذه الحالة نميز بين حالتين :

الحالة الأولى : تشييد بناء بدون رخصة على أرض تابعة للأملاك الوطنية عمومية كانت أو خاصة ⁽³⁾ :

فإذا كانت الأرض تابعة للأملاك العمومية تكون العقوبة بغرامة 2000 دج ، أمّا إذا وقعت المخالفة على أرض تابعة للأملاك الوطنية الخاصة ، فتكون العقوبة بغرامة قدرها 1500 دج

(1) راجع في ذلك : إبتسام القرام ، المرجع السابق ، ص 212

(2) راجع في ذلك : الفاضل خمار ، المرجع السابق ، هامش ، ص 105

(3) راجع في ذلك : إسماعين شامة ، المرجع السابق ، ص 225

-الحالة الثانية : تشييد بناء على أرض ملك للغير سواء تعلق الأمر بأرض لها عقد ملكية أم لا :

وفي هذه الحالة يكون القائم بالبناء عاجز عن إثبات الملكية بسند رسمي فهو محتل غير شرعي ، ففي هذه الحالة ، فإن تشييد البناية دون رخصة بناء على أرض خاصة تكون العقوبة بغرامة قدرها 1000 دج .

إلا أن التفرقة بين الحالة الأولى والحالة الثانية لا محل لها مادام الانتهاك ينصب على عدم الحصول على رخصة البناء ، والتي تعدّ واحدة في جميع الحالات ، وليس على انتهاك الملكية كحق مقدّس يستدعي الحماية .

كما أن المادة 50 تطرقت إلى فعل التشييد ، دون أن تأخذ بعين الاعتبار أفعال أخرى ، كالبناء خارج التنظيم ، أو عدم تجديد الترخيص بعد مضي المدة المحددة في الرخصة ، وعليه فإن عدم النص على هذه الجرائم يقودنا إلى تطبيق المادة 77 من القانون 29/90 السالف الذكر ، وهذا ليس من العدالة في شيء ، فمن يحصل على رخصة بناء ، وقام بالبناء خارج التنظيم أسوأ حالا من ذلك الذي ليست له رخصة بناء ، وقام بالبناء خارج التنظيم . ففي الأولى تكيف الجريمة على أنها جنحة ، وبالتالي نطبق عقوبة المادة 77 من القانون 29/90

أما الثانية ، فلا يعاقب عليها سوى بغرامة لا تتجاوز في جميع الحالات 2000 دج ، وهذا ما ينتج عنه عدم إكتراث المواطن برخصة البناء ، وبالتالي عدم فعاليتها في مراقبة البناءات وهذا ما ينعكس سلبا على مظهر المدينة بانتشار البناءات الفوضوية ، و هو ما يعبر عن الغياب التام للذوق الجمالي العمراني .

2- جريمة تشييد بناية لا تطابق مواصفات رخصة البناء :

تعدّ رخصة البناء شرط ضروري قبل الشروع في إنجاز البنايات ⁽¹⁾ حيث فرضتها المادة 52 من القانون 29/90 و الغرض من تسليمها هو احترام قواعد البناء التي فرضتها الرخصة ، حيث تكون بصدد جريمة تشييد بناية لا تطابق مواصفات رخصة البناء في الحالات التالية :

(1)راجع في ذلك : الفاضل خمار ، المرجع السابق ، ص 105

- تجاوز معامل شغل الأرض
 - تجاوز معالم شغل أرضية الطريق
 - عدم احترام الارتفاع المرخص به
 - الاستيلاء على ملكية الغير
 - تعديل الواجهة
 - إنجاز منفذ أو منافذ غير مقررة أو غير قانونية (1)
- وعليه فكل مخالفة يرتكبها الشخص تعرّض صاحبها لعقوبة الغرامة المنصوص عليها في المادة 50 فقرة 2 حسب الحالة التي بلغها التجاوز ، فإذا كان تجاوز معامل شغل الأرض يقل عن نسبة 10% فإن الغرامة هي 400 دج ، أمّا إذا كان التجاوز يفوق 10 % فإن الغرامة تقدّر بـ 900 دج (2) و هكذا بالنسبة لبقية المخالفات .
- وعليه فمن تحصل على رخصة بناء يستوجب عليه التقيد بما جاء فيها وإلاّ فإن الإدارة لن تسلمه رخصة المطابقة حسب نص المادة 56 من قانون 25/90 السالف الذكر .
- أمّا فيما يخص الارتفاع المرخص به ، فيتعرض صاحبه لغرامة قدرها 900 دج عن كلّ مستوى أو 300 دينار عن كلّ 1متر ، يضاف انطلاقاً من الحدّ المرخص به ، وفي حالة الإستلاء على ملكية الغير يعاقب المخالف بغرامة قدرها 800 دج ، وفي حالة تعديل الواجهة يعاقب بغرامة 500 دج ، وفي حالة إنجاز منفذ تقدّر الغرامة بـ 700 دج .

3- جريمة عدم القيام بإجراءات التصريح والإشهار :

- يقصد بإجراءات التصريح والإشهار أن يقوم المالك أو القائم بالأشغال بمجموعة من الإجراءات فرضها المشرع تتمثل في وضع :
- * لافتة تبين مراجع البناء طبقاً لرخصة البناء الممنوحة
 - * إخطار رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليمياً ، حسب المادة 50 من المرسوم التنفيذي 176/91 الأنف الذكر .

(1) راجع في ذلك : إسماعين شامة ، المرجع السابق ، ص 226

(2)- راجع في ذلك : إسماعين شامة ، المرجع السابق ، ص 227

حيث بموجب المادّة 51 من المرسوم التنفيذي الأنف الذكر ، ألزم المشرع المستفيد من الأشغال أن يضع طيلة مدّة عمل الورشة لافتة مرئية من الخارج، توضع فيها مراجع رخصة البناء الممنوحة ، ونوع البناء ، حيث تشتمل اللافتة على تاريخ انطلاق الأشغال ، وتاريخ الانتهاء منها ، اسم صاحب المشروع ، ومكتب الدراسات المؤسسة المكلفة بالإنجاز ويحدّد نموذج هذه اللافتة الوزير المكلف بالتعمير .

فإذا قام المستفيد من الأشغال بالبناء دون مراعاة هذه الإجراءات تقوم المخالفة ويتعرّض صاحبها لعقوبة الغرامة التي تقدّر بـ 200 دج عن كلّ مخالفة ، كما يتحقق الجرم كذلك إذا لم توضع اللافتة أصلا ، أو وضعت غير أنها غير مستوفية للبيانات الجوهرية المذكورة آنفا وكذلك في حالة كون اللافتة مخالفة للنموذج المقرّر قانونا .

والهدف الرئيسي من وضع اللافتة في مكان ظاهر عند الشروع في البناء أو التعلية ، هو ضمان قيام المقاول ، والمهندس بالتنفيذ طبقا للمخطط والمواصفات وهذا إجراء يبعث على الطمأنينة في نفوس أصحاب الشأن ، ويفتح باب المراقبة للهيئات المختصة (1) . ويسري نفس الحكم المتعلق بوضع اللافتة على المباني التي يجري إنشاؤها أو تعليتها أو إستعمالها .

هناك جرائم أخرى كثيرة لا يتسع لنا المقام هنا لذكرها منها، جريمة الهدم بدون ترخيص جريمة عدم تجديد الترخيص ، جريمة البناء دون تأمين ، جريمة البناء خارج خط التنظيم . وجميع المخالفات المذكورة سابقا تعدّ جرائم يكلف ضباط الشرطة القضائية بصفة عامة التحري والبحث عنها ، إلا أنه ونظر الخصوصية وتعقيد مجال الهندسة والتعمير تمّ إنشاء جهاز ضمن جهاز الشرطة القضائية يكون أكثر تأهيلا للبحث والتحري على المخالفات في هذا الميدان الشائك و من أجل هذا أعطى المشرع الجزائري صفة ضابط الشرطة القضائية لمجموعة من الأشخاص عددهم المادّة 02 من المرسوم التنفيذي 318/95 وهم :

(1)راجع في ذلك : حامد عبد الحليم شريف ، المشكلات العملية في جريمة البناء بدون ترخيص ، دار المطبوعات الجامعية ط 2 . 1994 ، ص 143

- مفتشو التعمير
- المهندسون المعماريون
- المصرفون الإداريون
- التقنيون السامون
- الأشخاص الذين يزاولون خدمة لدى الإدارة المركزية بالوزارة المكلفة بالهندسة المعمارية والتعمير (وزارة الإسكان) وكذا على مستوى مصالح الهندسة المعمارية والتعمير بالولايات .
- ونظرا لكون البلدية هي المختصة قانونا بتسليم كل رخص التعمير فنرى أنه من الضروري توسيع ذلك إلى موظفي البلديات المكلفين بالتعمير ، لأنهم أقرب إلى الميدان ، كل هذا على أن يقوم المفتشون بأداء اليمين القانونية أمام المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها مقر إقامتهم الإدارية قبل الشروع في أداء مهمتهم .
- وللإشارة فإن المخالفات المذكورة آنفا تثبت في محاضر تحرر طبقا للنماذج المحددة عن طريق المرسوم التنفيذي رقم 36/97 المؤرخ في 14 جانفي 1997م والمعدل للمرسوم التنفيذي رقم 318/95 الصادر في 14/10/1995م، المحدد لشروط تعيين الأعوان والموظفين المؤهلين لتقصي مخالفات التشريع والتنظيم في ميدان الهندسة المعمارية و التعمير. (1) .

المطلب الثالث

الجرائم الواقعة على العقارات غير المبنية

لقد خصّ المشرع الجزائري الأراضي القضاء ، أي العقارات غير المبنية بحماية خاصة لأنها ثروة هامة ، لها وزنها في تحقيق النمو الاقتصادي الذي ينعكس على المطلب الاجتماعي للتخلص من شبح الأمن القضائي ، فنجد أن المشرع قد نص على حماية مدنية وإدارية للعقارات غير المبنية تحقيقا للردع العام ، وسنتناول في فرعين : الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات الواقعة على العقارات غير المبنية في فرع أول والجرائم الواقعة على هذه الأخيرة في القوانين الخاصة في فرع ثان .

(1) - الجريدة الرسمية لسنة 1997م ، رقم 4

الفـرـع الأول الجرائم الواقعة على العقارات غير المبنية في قانون العقوبات

تختلف الجرائم الواقعة على العقارات غير المبنية ، طبقا لتكييف الفعل في كل حالة ، لتشمل الجنايات ، الجنح والمخالفات .

أولاً : الجنايات

وسوف نقصر الدراسة على جنائية وضع النار في ملك الغير .

- جريمة وضع النار في ملك الغير:

نصت على هذه الجريمة المادة 396 عقوبات في فقرتها 54 بقولها بـ: « يعاقب بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة، كل من وضع النار عمدا في الأموال الآتية إذا لم تكن مملوكة له » ، وقد سبق وأن تطرقنا لهذه المادة عند الحديث عن الجرائم الواقعة على المباني إلا أن :

الفقرة 4 : جاء فيها : غابات أو حقول مزروعة أو أشجار أو مقاطع أشجار أو أخشاب موضوعة في أكوام وعلى هيئة مكعبات .

الفقرة 5 : محاصيل قائمة أو قش أو محاصيل موضوعة في أكوام أو في حزم⁽¹⁾

أ- أركان الجريمة : وهي أربعة أركان

أ-1- فعل وضع النار :

يقصد بفعل إحداث النار ، استعمال كل وسيلة من شأنها أن تؤدي إلى الحريق⁽²⁾ ، كالإلقاء عود ثقاب مشتعل أو فحم مشتعل أو غيرها من المواد القابلة للاشتعال ، حيث تعد هذه الجريمة من الجرائم الخطيرة ويفصح عن النية المبيتة للجاني ، والذي يهدف من خلاله إلحاق الضرر بالعقار .

(1) راجع في ذلك : الفاضل خمار، المرجع السابق ، ص 110

(2) راجع في ذلك : عبد الرحمن بربارة ، المرجع السابق ، ص 97

أ-2- محل الجريمة :

لقد عدّدت الفقرتين الرَّابِعة والخامسة من المادّة 396 عقوبات الأموال المستهدفة بالحماية على سبيل الحصر ، وهي : الغابات ، الحقول ، الأخشاب ، المحصولات القائمة أو الموضوعة في حزم أو أكوام القش ، و المقصود بالحقوق هي تلك المزروعة أشجار أو مقاطع أشجار ، ويستثنى بمفهوم المخالفة الحقول الجرداء أو غير المزروعة ، لأنه لا يوجد سبب يقتضي بموجبه خص هذه الأخيرة بالحماية لأن إشعال النار فيها لا يشكل خطرا ، وتمتد الحماية أيضا لتشمل الأخشاب التي وضعت في أكوام ، أو في شكل مكعبات بعد قطعها ، و بنفس الأهمية خصّ المشرع المحصولات سواء كانت قائمة أو مقطوعة ، وسواء كانت موضوعه في أكوام أو في حزم .

والحكمة من تعداد المشرع لهذه الأموال يتجلّى في سببين :

الأوّل : أن الخاصية التي تميز هذه الأموال أنها سريعة الالتهاب وإضرار النار فيها يشكل خطرا لا يمكن توقع عواقبه الوخيمة .

الثاني : أن إحراق هذه الأموال يعدّ مساسا خطيرا بالاقتصاد الوطني سواء للقطاع العام أو الخاص .

وقد جاء نص المادّة عاما ، فلم يوضح مقدار الأشياء المحروقة فيستوي أن تحرق شجرة أو بستان ، ونفس الشيء لو أحرقت لوحة خشبية أو إحراق كومة من الأخشاب .

أ-3- أن تكون الأموال مملوكة للغير :

يجب أن تكون الأموال محلّ الحرق مملوكة للغير ، وأن يكون الحرق بقصد الإضرار بالغير . حسب العبارة التالية : « في الأموال الآتية إذا لم تكن مملوكة له » ويستوي أن يضع الجاني النار في ملكه وتمتد ألسنة النار قد إمتدت إلى أملاك الغير ، حيث اعتبرت المحكمة العليا في قرارها رقم 158 مؤرخ في 1988/03/15⁽¹⁾ ، أن وضع النار في ملك الغير يكفي لقيام الجريمة ، ولا يشترط أن تلتهم النيران المحصولات أو الأشجار ، وتحدث ضررا يملك الغير ، بل اشترط المشرع وضع النار في الحقل المزروع وفي الغابات أو في الأخشاب واشترط أن لا تكون مملوكة للجاني .

(1) راجع في ذلك : جيلالي بغدادي ، المرجع السابق : ج 1 ، ص 359

أ-4- القصد الجنائي :

يتوافر القصد الجنائي بمجرد القيام بوضع النار في الأموال التي عدتها المادة 396 في الفقرة 4 و5 عقوبات ، ويشترط أن تكون مملوكة للغير ، ولا يهم إن كان وضع النار بقصد أو إهمالا ويتضح ذلك من خلال قرار المحكمة العليا التالي : « يكون مرتكزا على أساس قانوني قرار المجلس القاضي بإدانة متهم تسبب بغير قصد وعن رعونة أو عدم الاحتياط في حريق أدى إلى إتلاف أموال الغير » وهو محتوى القرار رقم 158 المذكور أعلاه .

ب- العقوبة :

تكيف هذه الجريمة بأنها جناية ، ويعاقب فاعلها بسلب حريته دون الغرامة وتمتد العقوبة بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة ، وتشتمل الجريمة على ظروف تشديد وظروف تخفيف .

ب-1- الظروف المشددة :

لهذه الجريمة ثلاث حالات تشدد فيها العقوبة وهي :

* إذا تسبب الحريق في إحداث أضرار بأموال الدولة ، أو إحدى جماعاتها المحلية ، فتكون العقوبة الإعدام طبقا للمادة 396 مكرر عقوبات .

* إذا أدى الحريق إلى وفاة شخص ، فتكون العقوبة الإعدام طبقا للمادة 1/399 عقوبات .

* أمّا إذا تسبب الحريق في إحداث جرح أو عاهة مستديمة ، فتكون العقوبة بالسجن المؤبد عملا بالمادة 2/399 عقوبات .

ب-2- الظروف المخففة :

إذا تم وضع النار في ملك الجاني ، فإن العقوبة هي السجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات ، طبقا لنص المادة 397 عقوبات .

ثانيا : الجـنـح

1- جريمة تخريب المحصولات :

نصت المادة 413 من قانون العقوبات على هذه الجريمة بقولها : « كل من خرب محاصيل قائمة أو أغراسا نمت طبيعيا ، أو يعمل الإنسان يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات ، وبغرامة من 500 إلى 1000 دج ، ويجوز أن يحكم على الجاني علاوة على ذلك بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 من هذا القانون وبالمنع من الإقامة »
ومن خلال هذه المادة يتضح أن لهذه الجريمة أربعة أركان :

أ- أركان الجريمة :

أ-1- فعل التخريب :

يقصد بالتخريب الإتلاف ، بأيّة وسيلة ممكنة ، واعتبر حرث الأرض التي بها جذور البرسيم تعبير عن توافر الركن المادي في جريمة إتلاف الزرع ، لأن هذا الحرث يتلف جور النباتات التي كانت ستتمو من جديد بعد ربّها وتصير برسيما ناميا معدّا للرعي مرة ثانية وثالثة .

وهذا ما ذكره الأستاذ معوض عبد التواب في طعن رقم 597 مؤرخ في 1945/02/26م كما أن المحاكم الفرنسية إعتبرت بت الحشيش أو نبات مضر في حقل ما من قبيل أفعال الإتلاف (1) .

ويكون التخريب بعدّة أفعال ، فقد يكون بقطع الشجيرات أو قلعها أو كسرها من أغصانها أو تقشيرها بفرض إهلاكها ، وإلحاق الضرر بها ، أو بمالكها وخاصة الأرض المزروعة بها . وتعدّ هذه الأفعال أقل خطورة لهذا تختلف هذه الجنحة عن جناية وضع النار في ملك الغير .

(1)راجع في ذلك : معوض عبد التواب ، المرجع السابق ص 127

أ-2- أن يقع التخريب على محصولات أو أغراس قائمة :

لم يحدّد نص المادة 413 عقوبات مقدار المحصولات أو الأغراس التي إن وقع الاعتداء والتخريب عليها قامت الجنحة ، وتقدير الحد الأدنى من الإلتلاف متروك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ، كما لم تحدّد أنواع المحاصيل و الأغراس المراد حمايتها ، ويستوي في ذلك أن تكون الأشجار مثمرة أو غير مثمرة والزرع أن يكون قمحاً، أو شعير، أو ذرة... إلخ فكل هذه الأنواع مقصودة بالحماية ، إلا أن المشرع اشترط أن تكون هذه المحصولات أو الأغراس قائمة أي لا زالت متصلة بالأرض ، وبذلك تستثنى الأغراس والمحصولات التي جنبت من طرف صاحبها لأي سبب .

أ-3- أن تكون المحصولات والأغراس مملوكة للغير :

الأصل أن لا يعاقب الجاني على تخريب ملكه ، وبالتالي فالتخريب المعاقب عليه هو الذي يقع على أغراس الغير ومحصولاتهم ، فإذا تحقق أو ثبت أن النباتات أو الأشجار أو المزروعات التي قام الجاني بتخريبها هي ملك للمجني عليه قام ركن الجريمة ، ولا عبرة بوجود نزاع بين الجاني والمجني عليه حول الأرض المزروعة ، فلا يجوز لأحد أن يقوم بتخريب الأرض أو المزروعات إذا كانت هذه الأخيرة موجودة في حيازة المجني عليه ، تحت أي ذريعة حتى ولو كان الشخص المخرب هو مالك الأرض (1) .

أ-4- القصد الجنائي :

يكفي القيام بفعل التخريب سواء كان الباعث هو الانتقام من صاحب المحصولات والأغراس ، أو إلحاق الأضرار به أو غير ذلك .

ب- العقوبة :

تأخذ هذه الجريمة وصف الجنحة ، ويعاقب مرتكبها بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات، وبالغرامة من 500 إلى 1000 دج ، كما يمكن الحكم على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 (2) من قانون العقوبات وكذا المنع من الإقامة أمّا جريمة المرور على ملك الغير فتناولته في المطلب الثالث من المبحث الأول ، لكون حق المرور من حقوق الارتفاق .

(1) راجع في ذلك : الفاضل خمار ، المرجع السابق ص 116 .

(2) - المادة 14 من قانون العقوبات .

ثالثاً: المخالفات

أ- جريمة تخريب ملك الغير :

نصت المادة 1/444 من قانون العقوبات على ما يلي : « يعاقب بالحسب من عشر أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر ، وبغرامة من 100 إلى 1000 دج أو بإحدى العقوبات » .

1- كل من اقتلع أو خرب أو قطع أو قشر شجرة لإهلاكها مع علمه أنها مملوكة للغير وكل من أتلف طعاماً وكل من قطع حشائش أو بذوراً ناضجة أو خضراء مع علمه أنها مملوكة للغير .»

وتقوم هذه الجريمة بتوافر الأركان التالية :

أ- أركان الجريمة :وهي أربعة أركان :

أ-1- فعل التخريب :

سبق وأن بينا مفهوم كل من التخريب والإتلاف ، فالأفعال التي ذكرها المشرع في نص المادة 1/444 عقوبات من شأنها إلحاق الضرر بكائن هو النبات سواء كانت شجرة أو حشائش أو بذوراً ، ويقصد بالاقتلاع ، أن تجتث الشجرة أو النبتة من جذورها وفصلها عن الأرض ، أمّا القطع فهو معروف أنه يستهدف جذع الشجرة أو النباتات ، كما قد يستهدف الفروع والأغصان ويختلف فعل التخريب في هذه الجريمة عن تخريب الحقول كما يختلف عن جريمة وضع النار في أملاك الغير .

أ-2- محلّ التخريب :

يجب أن يكون محلّ التخريب حشائش أو بذوراً ناضجة أو خضراء أو أشجاراً ، وأن تكون متصلةً كلّها بالأرض ، وقد حدّد المشرّع الحدّ الأدنى لقيام الجريمة ، وهو أن يقع التخريب على شجرة ، لكن لم يحدّد الحدّ الأقصى الذي لا ينطبق عليه النص ، إلاّ أنه وبخصوص والبذور الناضجة أو الخضراء لم يحدّد الحدّ الأدنى و لا الحدّ الأقصى ، ويترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي⁽¹⁾

(1)راجع في ذلك : الفاضل خمار ، المرجع السابق ص 122

أ-3- أن يكون محلّ التخريب مملوكا للغير :

إذا قام الجاني بقطع أشجار ، وقلع حشائش يملكها ، فإن لا يعاقب ، بل إنّ الفعل الذي ستدعي معاقبة الفاعل هو أن يقوم هذا الشخص بالفعل مستهدفاً أملاك الغير ، و نعتقد أنه إذا قام المستأجر أو الحائز بإلحاق ضرر بشجرة أو نباتات يملكها صاحب البستان أو الأرض أو الحديقة . تقوم الجريمة ، أمّا لو قام المستأجر أو الحائز بغرس أشجار ، أو زرع بذور ثم قام بقطعها بعد ذلك فلا تقوم جريمة التخريب لأن هذه الأخيرة مملوكة له ، ولا تقوم الجريمة إلاّ إذا قام المالك باستعادتها بعدما يدفع ما يقابل ثمنها لصاحبها ، وبالتالي من أجل تطبيق المادة 1/444 عقوبات يجب أن تقع إحدى الأفعال المجرّمة التي تضمنتها على أملاك الغير .

أ-4- القصد الجنائي :

تستلزم هذه الجريمة توافر القصد الجنائي الخاص ، الذي يتمثل في العلم بأن محل التخريب أو القطع أو القلع الذي يقع على الأشجار أو الأغراس مملوكا للغير ، فإذا قام الجاني بهذه الأفعال المجرّمة وهو يعلم بأن الشيء محل التخريب ملكا له إنعدم القصد الجنائي الذي بإنعدامه تنعدم الجريمة وعليه يتحقق القصد الجنائي بعلم الجاني بأن الشيء الذي يقوم بإرادته بقطعة أو قلعه غير مملوك له وإنما مملوك للغير ، ويقصد إضراره .

ب- العقوبة :

تأخذ هذه الجريمة وصف المخالفة ، حيث يعاقب الجاني على ارتكابها بالحبس من عشر أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر، وبغرامة تقدّر بـ 100 إلى 1000 دج أو بإحدى العقوبتين ، وفي حالة العود لإرتكاب نفس الجريمة تضاعف العقوبة طبقا للمادة 445 عقوبات

2- جريمة إغراق الطرق :

تنص المادة 444 عقوبات على ما يلي : « كلّ من أغرق الطرق وأملاك الغير ، وذلك برفعه مصب مياه المطاحن أو المصانع أو المستنقعات عن منسوب الإرتفاع الذي تحدّده السلطة المختصة . » ولقيام هذه الجريمة لأبّد من توافر الأركان الخاصة بها

أ- أركان الجريمة : وهي أربعة

أ-1- فعل الإغراق :

أوضحت الفقرة من المادة 444 عقوبات طريقة الإغراق وذلك برفع مصب المياه ، فالإغراق هو جعل الماء يغطي أملاك الغير . و يغرقها ويتحقق ذلك برفع منسوب منسوب المياه عن الحد الذي تحدده السلطة المختصة ، ويحصل الإغراق إمّا بالماء كما قد يكون بشيء آخر كالماء ، وهو عادة الماء المستعمل في المستنقعات ، المصانع ، المطاحن .

أ-2- الشيء محل الإغراق :

محلّ الإغراق في هذه الجريمة هو كل أملاك الغير ، حيث تشمل الطرقات والحقول ، والمزارع والأرصعة ، وذلك بهدف الإضرار بمستعملي الطرق أو إلحاق الضرر بمالك الأرض ، كما يلحق الإضرار بالأرض نفسها ، لأن المياه المتسربة من المصانع ممزوجة عادة بالمواد الكيماوية ، فيقتل النبات ويلوث التربة ، وهذا ما يهدد البيئة والمحيط .

أ-3- أن يكون محلّ الإغراق مملوكا للغير :

عادة ما تكون الطرق ملكا لعامة الناس ، ولذلك فكلّ من يستعمل الطرق له الحق في حمايتها ، فقد تكون هذه الطرق واقعة بين عقارات يستعملها الغير كمرات لهم ، وبالتالي ونحن بصدد أملاك الغير ، يجب أن يقع فعل صب الماء على أملاك لا تدخل ضمن أملاك الجاني ، فالحقل الذي صب فيه ماء المصنع يجب أن يكون ملكا للغير حتى تقوم الجريمة .

أ-4- القصد الجنائي :

بمجرد القيام برفع مصب الماء ، وإغراق الطرق أو أملاك الغير مع علم الجاني بأنها غير مملوكة له . يتحقق القصد الجنائي .

2- العقوبة :

تكيف هذه الجريمة بأنها مخالفة ، ويعاقب الجاني على فعلها بالحبس من عشر أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر ، وبغرامة من 100 إلى 1000 دج أو بإحدى العقوبتين ، ويعاقب على العود بمضاعفة العقوبة .

وفي حقيقة الأمر إذا كانت هذه الجريمة مكيفة على أنها مخالفة ، إلا أن الضرر الذي تسببه هو ضرر جسيم ، لأن للفعل عواقب وخيمة لها تأثيرها على البيئة والصحة العامة وخاصة الزراعة ، ولذا يجب إعادة النظر في هذه العقوبة حتى تتماشى والخطر التي ينتج عنها .

الفـرـع الثـاني :

الجرائم الواقعة على العقارات غير المبنية في القوانين الخاصة

وسنقصر دراستنا هنا على جريمة الصيد في ملك الغير

المخالفات :

أ- جريمة الصيد في ملك الغير :

تكريسا لمبدأ استثناء المالك باستغلال واستعمال الشيء المملوك له بما لا يتعارض مع القوانين الأنظمة لذلك جرم المشرع الصيد في ملك الغير، ولقد أفرد المشرع الجزائي لمسألة الصيد نصا خاصا نظم من خلاله النشاط ، وأعطى المالك الأرض الفضاء سلطة الاصطياد فوق أرضه دون غيره ، حيث جعل جريمة الاصطياد في أرض الغير دون موافقة المالك قائمة بأركانها ، وهذا ما أكدّه في المادّة 47 من قانون رقم 10/82 ⁽¹⁾ المتعلق بالصيد التي نصت على جريمة الحصول على رخصة الصيد غشا وجريمة تسليم رخصة الصيد للغير لاستعمالها ، وجريمة الصيد برخص الغير وجريمة الصيد في أرض الغير دون موافقته ، وسنتناول كلّ جريمة على حدى .

أ-1- جريمة الإصطياد في أرض الغير دون موافقته :

بما أن حق الملكية كما سبق وأن عرفنا حق جامع أي يجمع سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف ، و في مقابل ذلك يمنع كل شخص من الاعتداء على هذه الملكية ويعدّ الصيد من مقتضيات حق الملكية ولذلك يجب على كلّ من يريد الاصطياد أن يحصل على رخصة الصيد وأن لا يعتدي على ملكية الغير . وعليه فكل شخص قام بالاصطياد في أرض الغير ، ودون موافقة هذا الأخير ، وحتى ولو كان حاصلا على رخصة الصيد .

(1) - القانون رقم 10/82 مؤرخ في 1982/08/21م المتعلق بالصيد ، الجريدة الرسمية رقم 34 لسنة 1982م

فإنه يرتكب بذلك مخالفة الصيد في ملك الغير، ويجب معاقبته بالغرامة التي تتراوح بين 100 إلى 1000 دج و تضاعف العقوبة إذا ارتكبت المخالفة في أرض زراعية لم تجنى محاصيلها بعد ، أو أرض مطوّقة بسياج يفصل بينها وبين الأراضي المجاورة ولكنها غير ملتصقة بمسكن ، غير أن عبور الكلاب عدواً فوق أرض الغير وهي تلاحق طريدة كشفت في أرض صاحبها ، لا تعدّ مخالفة من مخالفات الصيد غير أنه في حالة وقوع أضرار ، يجوز للمالك رفع دعوى مدنية لطلب التعويض (1) .

أ-2- جريمة الصيد في أرض الغير :

نصت على هذه الجريمة المادة 49 من قانون الصيد بقولها : « يعاقب بالحبس من خمسة أيام إلى ثلاثة أشهر ، وبغرامة من 300 إلى 850 أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من :
- إصطياد في أرض الغير دون موافقته ، إذا كانت هذه الأرض محاذية لمنزل مسكون أو إذا كانت مطوّقة بسياج يعزلها عن الأرض المجاورة لها .
- إذا ارتكبت المخالفة ليلاً يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 1000 دج ، دون الإخلال بعقوبات أشد نص عليها قانون العقوبات ، وتحريك الدعوى العمومية مقيد بالنسبة لجريمة الصيد في ملك الغير بالشكوى المسبقة للطرف المتضرر .

أ- عناصر الجريمة : وهي أربعة

أ-1- القيام بالإصطياد :

وذلك بقيام الجاني بنشاطات يقوم بها عادة الصياد ، مثل حمل السلاح والاستعانة بكلاب الصيد ، و التردد إلى غير ذلك من الأفعال والتصرفات التي تصاحب عملية الصيد .

أ-2- أن يقع الصيد في أرض الغير :

فيجب أن يقع الصيد في أرض مملوكة للغير فإن كانت مملوكة للجاني فلا جريمة .

(1) راجع في ذلك : الفاضل خمار ، المرجع السابق ، هامش ، ص 168

أ-3- عدم موافقة مالك الأرض :

يعدّ الصيد في أرض الغير دون موافقة المالك جريمة قائمة بأركانها رغم أن المشرع لم يحدّد طبيعة الأرض فلاحية أم غير صالحة للزراعة ⁽¹⁾ ، فلا جريمة إذا وقع الصيد في أرض الغير بموافقة المالك ، فتقوم الجريمة إذا تم الصيد دون موافقة المالك .

أ-4- أن تكون الأرض محاذية بمنزل مسكون أو مطوّق بسياج :

وتوافر هذا الركن ، يجعل قيام الجاني بالصيد يمس بحرمة المسكن ويشكل إعتداء ، صارخا على ملك الغير .

ب- العقوبة :

تكيف جريمة الصيد في أرض أو ملك الغير على أنها مخالفة حيث تشدّد العقوبة إذا ارتكبت الجريمة بمجازاة منزل مسكون أو إذا ارتكبت الجريمة ليلا ⁽²⁾ أو منزل مطوّق بسياج ، فترتفع العقوبة من الحبس من خمسة أيام إلى ثلاثة أشهر في الجريمة العادية ، إلى عقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين ، في ظروف التشديد ⁽³⁾ ، والغرامة من 300 إلى 850 دج في حالة الجريمة العادية تتجول إلى عقوبة الغرامة من 500 إلى 1000 دج .
غير أنه إذا وجدت عقوبة أشد في قانون العقوبات فإذا العقوبة الأشد هي التي تطبق .

(1) راجع في ذلك : عبد الرحمن بربارة ، المرجع السابق ، ص 100

(2) راجع في ذلك : الفاضل خمار ، المرجع السابق ، ص 169

(3) - وتضاعف العقوبة المتشدّدة بالنظر إلى صفة الجاني إذا كان من المكلفين بضبط الصيد تبعا للمادة 51 من نفس

القانون

بعد دراستنا لهذا الفصل المتعلق بحماية الملكية العقارية الخاصة من الناحية الجنائية (الجزائية) ، نخلص إلى أن المشرع الجزائري قصد من تقريره هذا النوع من الحماية توفير الطمأنينة لدى المواطنين من أي اعتداء قد تتعرض له أموالهم ، فالحماية بالنسبة للأموال العقارية الخاصة من وجهة نظر قانون العقوبات تقتصر على مادة وحيدة هي المادة 386 من قانون عقوبات .

لاحتواء القسم الخامس من الفصل الثالث من الباب الثاني على مادة وحيدة تحت عنوان التعدي على الأملاك العقارية ، لأنه في تصنيفه هذا ركز على مدى توافر نية المعتدي في سلب ملكية الشخص منه ، والظهور بمظهر المالك حيث بمجرد انصراف فعل الانتزاع إلى نية التملك ، واعتبار الخلصة والتلبس ركنين في الجريمة ، حيث كان من الأولي اعتبارهما ركني تشديد .

واستبعد الحيازة غير المشروعة ، والملكية المتنازع عليها ، وكل الجرائم التي تلق العقارات المسكونة وملك الغير لانتفاء عنصر السلب بغرض التملك .

وللحكم الجزائي الفاصل في المنازعة أن يكون سند بيد الطرف المتضرر يسمح له باللجوء إلى القضاء المدني بقسميه سواء منه الناظر في الموضوع أو ذلك المختص في المسائل المستعجلة بغرض التماس جبر الضرر واسترداد العقار المغتصب .

ورغم تطوّر مفهوم حق الملكية ، بظهور مختلف النصوص المدنية ، كحق الانتفاع الدائم والحيازة الملكية . وعقود الاستصلاح ، وعقود الشهرة كان من الأفضل أن تعدل المادة 386 من قانون العقوبات التي لم تدخل عليها أي تعديلات منذ صدور قانون العقوبات سنة 1966 لذا نقترح أن يحدو المشرع الجزائري حدو المشرع المصري الذي أثار حماية أوفر للأملاك العقارية الخاصة سواء في نص المادة 373 ق.ع مصري أو ما استحدثته المادة 373 مكرر ق.ع مصري التي تحمي الحيازة حتى ولو كانت غير مشروعة ، و أخذ الفرق بين القانونين في جانبه الإيجابي لا السلبي ، وتكريس الحماية الجزائية للحيازة المشروعة فقط .

بعد أن قمنا بتسليط الضوء على نوعين من الحماية التي تستهدف الملكية العقارية الخاصة، ألا وهما الحماية المدنية و الجنائية، و رغم الصعوبات التي اعترضتنا لقلة المادة العلمية المتخصصة في التشريع الجزائري، الذي لم يحذ حذو باقي التشريعات العربية كالتشريع المصري، اللبناني، العراقي... الخ، في استحداث قانون خاص يعني بالملكية العقارية، و بدراسة الموضوعات المتصلة بها بشيء من التفصيل، إلا أنه لا يوجد مجال للشك في أن المشرع الجزائري قد توخى من وراء بسطه لهذه الحماية في صورتها المدنية و الجنائية، هو دفع الاعتداء كيفما كان، بما توفره الطرق المشروعة باللجوء إلى القضاء بوصفه الضمانة الرئيسية للأفراد للحفاظ على حقوقهم، و منعا لاقتضاء الفرد حقه بنفسه، فللمعتدي على حقه أن يلجأ إلى القضاء ، و يطلب رفع الاعتداء سواء بموجب دعوى مدنية تظهر في شكل إحدى دعاوى الملكية الثلاث و في حالة ما اذا لم تؤد الدعوى المدنية إلى إعادة الحق إلى صاحبه فالدعوى العمومية تعتبر وسيلة للردع العام و الخاص ، تسمح باستعمال القوة العمومية لفرض النظام ، و إجبار الكافة على احترام سيادة القانون . و قد توصلنا إلى النتائج التالية:

- بالنسبة للحماية المدنية للملكية العقارية الخاصة:

- يوجد نظامان للشهر العقاري، هما نظام الشهر الشخصي، و نظام الشهر العيني ليكون في النظام الأول شخص المالك محل اعتبار، عند إجراء عملية الشهر. فيكون العقار محل التصرف محل اعتبار، حيث قام المشرع بتبني نظام الشهر العيني، و يتضح ذلك جليا بصدور الأمر **74/75** المتضمن إعداد مسح الأراضي العام، و تأسيس السجل العقاري، الذي تعد عملية المسح دعامته الأساسية إلا و أنه رغم أن صندوق النقد الدولي في تقرير له خاص بالجزائر في سنة **1998** قد أوصى بالتعجيل في تنفيذ عملية المسح، ووضع سجل الأراضي لتعزيز الأساس القانوني لشهر الممتلكات، حيث لم يتم مسح سوى **4/1** المساحة لتبقى **4/3** المساحة غير ممسوحة، و هذا لا يعني عدم خضوع هذه الأخيرة إلى أي نظام، لأن هذه المناطق يطبق فيها نظام الشهر الشخصي في انتظار تعميم عملية المسح.

- لنظامي الشهر العقاري الشخصي و العيني انعكاسات على السندات المثبتة للملكية العقارية التي تتباين، و تتوزع تبعا لكون العقار سواء كان مبنيا أو أرض فضاء، واقعا في منطقة شملتها عملية المسح العقاري، و بالتالي يصبح الدفتر العقاري السند الوحيد المثبت للملكية العقارية، أما إذا كان العقار واقعا في منطقة لم تشملها عملية المسح فتثبت

هذه الملكية بالعقد الرسمي، العقد العرفي، العقود الإدارية، الأحكام القضائية، عقود الشهرة ، شهادة الحيازة، مع مراعاة دائما إجراءات التسجيل و الشهر بالمحافظة العقارية التي يقع العقار في دائرة اختصاصها.

- انتقال ملكية العقار الخاصة يمر بثلاث مراحل، أولهما إبرام العقد في شكله الرسمي لدى الشخص المخول قانونا ، أو عقد عرفيا ثابت التاريخ بتصحيحه بموجب عملية الإيداع لدى الموثق ، و إفراغه في شكل رسمي، أو عقد عرفيا غير ثابت التاريخ باللجوء إلى القضاء ليكون له تاريخ ثابت، و ثانيها ، القيام بإجراء التسجيل لدى مصلحة التسجيل و الطابع طبقا لقانون التسجيل رقم 105/76 لتحصيل الدولة الجانب الضريبي ، و ثالثها هو شهر العقد الرسمي و المسجل لدى الجهة المخولة قانونا، و هي المحافظة العقارية ، لترتيب الأثر العيني و هو انتقال الملكية.

- كما أن نطاق الحماية المدنية للملكية العقارية الخاصة، لا يشمل فقط الملكية التامة التي يستجمع فيها المالك سلطاته الثلاث من استعمال، استغلال و تصرف، و إنما تشمل كذلك الملكية الشائعة و المشتركة.

- و بشأن دعاوى حماية الملكية العقارية الخاصة مدنيا، تعد دعوى الاستحقاق أهم الدعاوى باعتبارها دعوى عينية الهدف من ممارستها إعادة الملكية كالمالك الحقيقي إلى جانب دعوى منع التعرض للملكية، ودعوى وقف الأعمال الجديدة، حيث يجب أن يكون المدعي ذو صفة حتى تقبل دعواه، أي يجب أن يثبت علاقته بالحق المدعى به طبقا للمادة 459 ق 1 م حيث يجب أن يستظهر بالسند الرسمي المسجل و المشهر الذي يثبت ملكيته و في حالة رفع إحدى دعاوى الملكية قد يقدم كلا من الخصمين، أو أحدهما سندات تثبت ملكيتهما، كما يمكن أن لا يكون عند الخصمين أي سند للإثبات، و هنا تبرز السلطة التقديرية للقاضي للمفاضلة بين سندات المدعي و المدعى عليه، و ترجيح دليل على آخر.

- و كثير ما يطرح في الحياة العملية إشكال شهر الدعاوى العقارية، فهناك تعارض حيث بالرجوع إلى نص المادة 459 ق 1 م لا نجدها قد اشترطت شهر الدعوى العينية العقارية لقبول الدعوى، و بمفهوم المخالفة، لا يترتب على عدم شهر عريضة الدعوى أي أثر، رغم أن القضاء يحكم بعدم قبول الدعوى شكلا لعدم شهر العريضة.

- أما بالنسبة للحماية الجزائية للملكية العقارية الخاصة فنستخلص ما يلي:

- في حالة ما لم تؤد الدعوى المدنية إلى إعادة الحق لصاحبه، فالدعوى العمومية هي الحل، لذا خص المشرع الجزائري الملكية العقارية الخاصة بالحماية من وجهة نظر قانون العقوبات بموجب نص وحيد، هو نص المادة 386 ق عقوبات.

- لقد ركز المشرع على مدى توافر نية المعتدي في سلب ملكية العقار من الشخص و الظهور بمظهر المالك، مع اعتبار الخلسة و التدليس ركنين خاصين في الجريمة، إضافة إلى الأركان العامة للجريمة و هي الركن الشرعي، المادي و المعنوي، حيث كان من الأفضل اعتبار الخلسة و التدليس ركني تشديد.

- استبعد المشرع الجزائري من دائرة الحماية الجنائية للملكية العقارية الخاصة، الحياة غير المشروعة، و الملكية المتنازع عليها، خلافا للمشرع المصري الذي يحمي الحياة حتى و لو كانت غير مشروعة.

- كما توجد جرائم أخرى تلحق بالملكية العقارية الخاصة، كجريمة انتهاك حرمة منزل، و جريمة التعدي على ملك الغير، حيث ما يميز هذه الجرائم عن جريمة الاعتداء على الملكية العقارية الخاصة طبقا للنص المادة 386 ق عقوبات هو انتفاء عنصر السلب بغرض التملك.

- صدور الحكم الجزائي الفاصل في الدعوى العمومية، من شأنه أن يكون سندا بيد الطرف المتضرر يسمح له باللجوء إلى القضاء المدني بشقيه أو بقسميه سواء الناظر في الموضوع، أو ذلك المختص في المسائل المستعجلة، بغرض التماس جبر الضرر و استرداد العقار المغتصب.

- و بعد حصر الجرائم الواقعة على الملكية العقارية الخاصة، لا بأس أن نعرج على بعض الجرائم الواقعة على العقارات بصفة عامة سواء كانت منصوص عليها في قانون العقوبات، أو المنصوص عليها ضمن القوانين الخاصة كقانون التهيئة و التعمير، قانون الترقية العقارية، قانون الصيد... الخ، لنجد أن المشرع يهدف دائما إلى الحفاظ على هذه الثروة الدائمة التي لا تزول و لا تندثر باندثار ممتلكاتها لما لها من دور في تحقيق النمو و الازدهار الاقتصادي.

فيمكن أن نوجز ما توصلنا إليه في الموضوع في ثلاثة نقاط:

- لا جدوى من تقرير حق الملكية ما لم تكن هناك وسائل و أدوات ناجعة تحميه، سواء تعلق الأمر بالنصوص القانونية "التشريعية" أو الدعاوى التي ترمي إلى درء الاعتداء الواقع من الغير سواء في جانبها المدني أو الجنائي.

- تحمي الملكية العقارية الخاصة في شقها المدني بموجب دعوى الاستحقاق، دعوى منع التعرض في الملكية، و دعوى وقف الأعمال الجديدة في الملكية، ولا تقتصر الحماية على الملكية التامة و إنما تتعدها لتشمل الملكية الشائعة و الملكية المشتركة، و بموجب دعوى عمومية في شقها الجنائي، التي تتوج بصور حكم يكون له الحجية الكاملة.

- في كلتا الحالتين سواء تعلق الأمر بالحماية المدنية أو الجنائية فللقاضي الجزائي كلمته، حيث يقوم ببسط الحماية على الملاك المستندين في دعوهم الى سند رسمي مسجل و مشهر، باعتبار القضاء هو الضمانة الرئيسية للأفراد في حالة الاعتداء على ملكيتهم.

و في الأخير نقترح جملة من الحلول نراها ناجعة لحل مشكل العقار و الملكية العقارية الخاصة التي تعد من أصعب الموضوعات و أكثرها تشعبا:

- إذا كان الأخذ و الاعتداد بالتقادم كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية و الحقوق العينية الأخرى ينقص إذ لم نقل يعدم مبدأ قوة الثبوت المطلقة الذي يميز نظام الشهر العيني، فلا بد من تعديل القانون المدني في المادة **827 ق مدني** التي تنص على التقادم كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية، و ان استعصى ذلك على المشرع، فما عليه الا أن يضيف مادة ضمن الأمر **74/75** المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري يمنع فيها اكتساب الملكية العقارية بالتقادم في الأراضي التي شملها عملية المسح على أساس أن القواعد الخاصة تقيد دائما القواعد العامة.

- تعديل المادة **397 ق مدني** التي تنص على إمكانية إبطال عقد بيع ملك الغير الواقع على عقار و لو تم شهره، لأن هذا يتنافى مع أحكام نظام الشهر العيني، و يناقض مبدأ قوة الثبوت المطلقة.

- تدعيم عملية المسح العقاري في إطار تكريس نظام الشهر العيني لأن الإسراع في هذه العملية من شأنه التوصل إلى تطهير الملكية العقارية، و تخصيص أظرفة مالية معتبرة إضافة إلى الإطارات البشرية المتكونة و المتخصصة.

- أقترح أن يحدوا المشرع الجزائري حذو المشرع المصري الذي أقر حماية أوفر للأمالك العقارية الخاصة سواء في نص المادة **373 عقوبات مصري**، أو ما استحدثته المادة **373 مكرر عقوبات مصري** التي تحمي الحيابة حتى و لو كانت غير مشروعة، و أخذ الفرق بين القانونين في جانبه الايجابي لا السلبي، و تكريس حماية جنائية للحيابة المشروعة فقط.

- تعديل نص المادة 386 ق عقوبات، بإدخال حالات أخرى تدخل ضمن دائرة التجريم حتى لا نحصر التعدي على الملكية العقارية الخاصة في جريمة واحدة، وذلك لسد الفراغ التشريعي ، ووضع حد لكل معتدي تسول له نفسه المساس بهذا الحق المقدس من خلال ارتكاب أفعال أخرى تمس بالملكية العقارية إلا أنها غير مجرمة، وبذلك ينتقي الوصف الجرمي عن الفعل ، و ينعدم الركن الشرعي للجريمة.
- و من أجل التوصل إلى حل مشاكل المادة العقارية لا بد من إنشاء محاكم عقارية لفض النزاعات المتعلقة بهذه المادة الشائكة و المتشعبة و المعقدة.
- توحيد وجهة نظر القضاء " الإجتهاادات القضائية" بشأن المنازعات العقارية لتجنب تضارب الأحكام و القرارات في وقائع تتوافر على نفس الظروف و الأركان.
- إجراء تكوين قضاة متخصصين في القانون العقاري، على مستوى جميع درجات التقاضي.
- تشجيع الباحثين في مجال الملكية العقارية لوضع مؤلفات تكون نقطة إشعاع يسترشد بها الدارسون ، و كذلك القضاة، نظرا لقلة إن لم نقل انعدام وجود دراسات متخصصة في القانون العقاري.
- و أخيرا نتمنى أن يأخذ المشرع الجزائري هذه الانتقادات بعين الاعتبار لتفادي التناقضات التي وقع فيها من جراء تأثره بقوانين و مصادر مختلفة و متباينة، لاستكمال النقص و القضاء على الغموض.
- و آمل أن نكون قد وفقنا، و لو بالقدر اليسير في انجاز هذه المذكرة التي حاولنا أن نحيط فيها بكافة الجوانب التي رأيناها هامة، تاركين مجال دراسة أنواع أخرى من الحماية لباحثين آخرين.

و بالله تعالى التوفيق.

الفهرس

مقدمة

1	الفصل الأول: الحماية المدنية لحق الملكية العقارية الخاصة
2	المبحث الأول: منازعات إثبات و نقل الملكية العقارية الخاصة
3	المطلب الأول: نظاما الشهر العقاري
4	الفرع الأول: نظام الشهر الشخصي
8	الفرع الثاني: نظام الشهر العيني
13	الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من النظامين
15	المطلب الثاني: انعكاسات نظامي الشهر على سندات إثبات الملكية العقارية الخاصة
16	الفرع الأول: إثبات الملكية العقارية في المناطق التي لم تشملها عملية المسح
35	الفرع الثاني: إثبات الملكية العقارية في المناطق التي شملتها عملية المسح
48	المطلب الثالث: نقل الملكية العقارية الخاصة
49	الفرع الأول: الرسمية و العرفية
56	الفرع الثاني: التسجيل
60	الفرع الثالث: الشهر
66	المبحث الثاني: منازعات حماية الملكية العقارية الخاصة
67	المطلب الأول: نطاق الحماية
68	الفرع الأول: الملكية التامة
75	الفرع الثاني: الملكية الشائعة
85	الفرع الثالث: الملكية المشتركة
90	المطلب الثاني: وسائل و أدوات الحماية
91	الفرع الأول: دعوى الاستحقاق
98	الفرع الثاني: دعوى منع التعرض في الملكية
100	الفرع الثالث: دعوى وقف الأعمال الجديدة في الملكية
104	المطلب الثالث: طرق إثبات الملكية في دعاوى الملكية و شهر الدعاوى العقارية
105	الفرع الأول: طرق إثبات الملكية في دعاوى الملكية
108	الفرع الثاني: شهر الدعاوى العقارية
116	الفصل الثاني: الحماية الجنائية لحق الملكية العقارية الخاصة

المبحث الأول: جريمة التعدي على الملكية العقارية الخاصة

المطلب الأول: العناصر المكونة لجريمة الاعتداء على الملكية العقارية الخاصة

الفرع الأول: انتزاع عقار مملوك للغير

الفرع الثاني: اقتران الانتزاع بالخلسة و التدليس

الفرع الثالث: عناصر التشديد و العقاب

المطلب الثاني: موقف الاجتهاد القضائي في الجريمة

الفرع الأول: صدور حكم قضائي يوصى بالطرد من العقار

الفرع الثاني: إتمام إجراءات التبليغ و التنفيذ

الفرع الثالث: عودة المنفذ عليه لشغل الأماكن بعد طرده منها

المطلب الثالث: الجرائم الماسة بحرمة الأماكن السكنية و التعدي على ملك الغير

الفرع الأول: الجرائم الماسة بحرمة الأماكن السكنية

الفرع الثاني: الجرائم التعدي على ملك الغير

المبحث الثاني: منازعات الملكية العقارية الخاصة و صور الاعتداء على العقارات

المطلب الأول: منازعات الملكية العقارية الخاصة أمام القضاء الجزائي

الفرع الأول: مراحل الدعوى العمومية و عبئ الإثبات فيها

الفرع الثاني: تدخل النيابة في الجرائم العقارية و الأوامر الصادرة عنها

الفرع الثالث: الفصل في المتابعة الجزائية

المطلب الثاني: الجرائم الواقعة على العقارات المبنية

الفرع الأول: الجرائم الواقعة على العقارات المبنية في قانون العقوبات

الفرع الثاني: الجرائم الواقعة على العقارات المبنية في القوانين الخاصة

المطلب الثالث: الجرائم الواقعة على العقارات غير المبنية

الفرع الأول: الجرائم الواقعة على العقارات غير المبنية في قانون العقوبات

الفرع الثاني: الجرائم الواقعة على العقارات غير المبنية في القوانين الخاصة

الخاتمة

المراجع